

Axel Schmidt-Hern

Die Ausschluss- und Übernahmeklage
bei der fehlerhaften
offenen Handelsgesellschaft

1969

1970



Digitized by the Internet Archive
in 2026

https://archive.org/details/IA41555428_0015

DIE AUSSCHLUSS- UND ÜBERNAHMEKLAGE
BEI DER FEHLERHAFTEN OFFENEN HANDELSGESELLSCHAFT

Inaugural - Dissertation
zur Erlangung des
akademischen Grades eines Doktors der Rechte
durch die
Juristische Fakultät
der Westfälischen Wilhelms - Universität
Münster

vorgelegt von
Axel Schmidt-Hern
aus Münster (Westfalen)

1970



Erster Berichterstatter : Prof. Dr. Westermann
Zweiter Berichterstatter : Prof. Dr. Knopp
Dekan : Prof. Dr. Stree

Tag der mündlichen Prüfung : 1. Dezember 1969

Inhaltsübersicht

	<u>Seite</u>
<u>Einleitung</u>	1
<u>Erster Teil</u>	
<u>Grundlagen der Untersuchung</u>	5
A. Die Erscheinungsformen der fehlerhaften Gesellschaft	5
B. Der Auflösungsgrund der fehlerhaften OHG	7
I. Wichtiger Grund als Auflösungsgrund	8
1. Die Rechtsprechung des Reichsgerichts	9
2. Die Ansicht Gierkes und Lehmanns	10
3. Die Lehre von der faktischen Gesellschaft	13
II. Vertragsfehler als Auflösungsgrund	18
C. Voraussetzungen einer Fortsetzung der fehlerhaften OHG	19
<u>Zweiter Teil (Hauptteil)</u>	
<u>Die materiellen Voraussetzungen eines Ausschlusses aus der fehlerhaften OHG</u>	27
A. Die Ansichten in Rechtsprechung und Schrifttum	27
I. Kein Ausschluß möglich	28
II. Wichtiger Grund als Ausschlußgrund	30
III. Vertragsfehler in der Person eines Gesellschafters als Ausschlußgrund	32
B. Grundsätzliche Anwendbarkeit der Ausschlußklage bei der fehlerhaften OHG	35

	<u>Seite</u>
C. Vertragsfehler in der Person eines Gesellschafters als Ausschlußgrund	37
I. Person des fehlerhaft Erklärenden	37
1. Möglicher Ausschlußzweck und praktischer Unterschied gegenüber einer Auflösung aus wichtigem Grund	37
2. Interessenlage	40
a) Interesse der ausschlußbegehrenden Gesellschafter	41
b) Interesse des auszuschließenden Gesellschafters	41
a1) Vermögensrechtliche Seite	41
a2) Abfindungsguthaben-Liquidationserlös	41
b2) Rechtliche Position zur Geltendmachung der Ansprüche	45
c2) Haftung	47
d2) Wettbewerbsverbot	48
b1) Strafcharakter der Ausschließung	49
c1) Zusammenfassung	52
3. Konfliktlösung	52
a) Unterschiede und Gemeinsamkeiten von wichtigem Grund und Vertragsfehler	52
b) Bewertungsprinzipien des § 140 HGB	54
a1) Prinzip der Interessenhäufung	56
b1) Prinzip der Verantwortung für den eigenen Lebensbereich	59
c) Übertragbarkeit der Interessenbewertung auf die fehlerhafte OHG	61
a1) Grundlagen der Anerkennung der fehlerhaften Gesellschaft	62
b1) Umfang des Bestandschutzes der fehlerhaften OHG	71

	<u>Seite</u>
II. Person des Verursachers des Vertragsfehlers	76
1. Fehlerverursachung eines Gesellschafters gegenüber allen anderen Gesellschaftern	77
2. Fehlerverursachung gegenüber einem oder mehreren Gesellschaftern	79
D. Wichtiger Grund in der Person eines Gesellschafters als Ausschlußgrund	80
I. Begriff und Inhalt des wichtigen Grundes	81
1. Rechtslage bei der fehlerfreien Gesellschaft	81
2. Die Ordnung innerhalb der fehlerhaften Gesellschaft	83
a) Gesellschaftsvertrag oder dispositive gesetzliche Regelung	83
b) Bestehen und Grundlage von Treuepflichten	88
II. Umfang und Grenzen der Ausschließbarkeit aus der fehlerfreien OHG	89
III. Einfluß der Fehlerhaftigkeit des Vertrages auf die Ausschließbarkeit der einzelnen Gesellschafter	97
1. Ausschluß bei subjektivem Vertragsfehler	98
a) Ausschluß des durch die Fehler= norm geschützten Gesellschafters	98
a1) Ausschlußzweck : Erhaltung des Unternehmens	98
b1) Ausschlußzweck : Sicherung der Liquidation	104
a2) Rechtslage im allge= meinen	104
b2) Einzelfälle	106

	<u>Seite</u>
a3) Ungenehmigte Beteiligung be- schränkt Geschäfts- fähiger	106
b3) Arglistige Täuschung und verwandte Fälle	110
c1) Fehlerhafter Ausschluß eines Gesellschafters	112
a2) Rechtslage vor Rechtskraft des Aus- schlußurteils	113
b2) Rechtslage nach Rechtskraft des Aus- schlußurteils	114
b) Ausschluß eines unbeteiligten Gesellschafters	117
c) Ausschluß des Verursachers des Vertragsfehlers	119
d) Zusammenfassung	119
2. Ausschluß bei objektivem Vertragsfehler	120
a) Normen zum Schutz der Allgemeinheit	122
a1) Grenzen der Anerkennung einer Gesellschaft	122
b1) Ausschlußzweck ; Unternehmenserhaltung	123
c1) Ausschlußzweck ; Liquidationssicherung	128
b) Normen zum Schutz aller Beteiligten	128
c) Zusammenfassung	129

Dritter Teil

Formelle Voraussetzungen des Ausschlusses 130

A. Form der Geltendmachung des Ausschluß= 130
verlangens

B. Verpflichtung zur Mitwirkung bei der 135
Ausschlußklage

Vierter Teil

Rechtsfolgen des Ausschlusses 142

A. § 738/I/1 BGB 142

B. Abfindungsanspruch 146

I. Recht auf Rückerstattung der Einlage 147

II. Nennwertabfindung 149

III. Schadensersatzansprüche 149

C. Übrige Rechtsfolgen 151

Literaturverzeichnis

I. Kommentare, Handbücher

- | | |
|--|---|
| Baumbach-Duden | Handelsgesetzbuch
mit Nebengesetzen ohne Seerecht,
18. Auflage,
München und Berlin 1968 |
| Baumbach-Lauterbach | Zivilprozeßordnung
mit Gerichtsverfassungsgesetz
und anderen Nebengesetzen,
29. Auflage,
München und Berlin 1966 |
| Düringer-Hachenburg | Das Handelsgesetzbuch,
II. Band, 1. Hälfte,
erläutert von Geiler,
II. Band, 2. Hälfte,
erläutert von Flechtheim,
3. Auflage
Mannheim, Berlin und Leipzig 1932 |
| Ehrenberg | Handbuch des gesamten
Handelsrechts
II. Band (mit Bearbeitern),
Leipzig 1918 |
| Erman | Handkommentar zum Bürgerlichen
Gesetzbuch (mit Bearbeitern),
4. Auflage,
Münster 1967 |
| Handwörterbuch der
Sozialwissenschaften | Handwörterbuch der Sozial=
wissenschaften ,
XI. Band (mit Bearbeitern),
Stuttgart, Tübingen und
Göttingen 1961 |
| Oertmann | Recht der Schuldverhältnisse,
5. Auflage,
Berlin 1928/29 |

- Planck
Kommentar zum Bürgerlichen
Gesetzbuch nebst Einführungs=
gesetz,
II. Band, 2. Hälfte :
Recht der Schuldverhältnisse,
4. Auflage,
Berlin und Leipzig 1928
- Reichsgerichtsräte-
Kommentar
Kommentar zum Handelsgesetzbuch,
früher herausgegeben von Mit=
gliedern des Reichsgerichts,
II. Band, bearbeitet von Weipert,
2. Auflage,
Berlin 1950 (zit. Weipert)
- Das Bürgerliche Gesetzbuch,
Kommentar herausgegeben von
Reichsgerichtsräten und
Bundesrichtern,
II. Band, 2. Teil :
Einzelne Schuldverhältnisse
(mit Bearbeitern)
11. Auflage,
Berlin 1960 (zit. RGRK-Bearbeiter)
- Ritter
Kommentar zum Handelsgesetzbuch,
2. Auflage,
München und Berlin 1932
- Schlegelberger
Handelsgesetzbuch,
II. Band, erläutert von Geßler,
4. Auflage,
Berlin und Frankfurt 1963
- Soergel-Siebert
Bürgerliches Gesetzbuch mit
Einführungsgesetz und Neben=
gesetzen,
I. Band : Allgemeiner Teil
(mit Bearbeitern),
10. Auflage,
Stuttgart, Berlin, Köln
und Mainz 1967
II. Band : Einzelne Schuldver=
hältnisse (mit
Bearbeitern),
9. Auflage,
Stuttgart 1962
- Staub
Kommentar zum Handelsgesetzbuch,
II. Band, bearbeitet von Pinner,
14. Auflage,
Berlin und Leipzig 1933

Staudinger

Kommentar zum Bürgerlichen
Gesetzbuch mit Einführungsgesetz
und Nebengesetzen,

I. Band : Allgemeiner Teil
(mit Bearbeitern),

11. Auflage,
Berlin 1957

II. Band, 3. Teil : Recht der
Schuldverhältnisse,
erläutert von Geiler,

10. Auflage,
München und Berlin 1939

II. Band, 4. Teil, Lieferung 1 :
Recht der Schuldver=
hältnisse,
erläutert von Keßler,

11. Auflage,
Berlin 1958

Stein-Jonas-Schönke-Pohle

Kommentar zur Zivilprozeßordnung,
18. Auflage,
Tübingen 1953

Westermann, Scherpf,
Paulick, Bulla, Hackbeil

Handbuch der Personengesell=
schaften,
Köln-Marienburg 1967

II.

Entwurf eines Handelsgesetz=
buches und Entwurf eines
Einführungsgesetzes nebst Denk=
schrift zum Entwurf eines
Handelsgesetzbuches, Reichstags=
vorlage,
Berlin 1897

Protokolle der Kommission für
die zweite Lesung des Entwurfs
des Bürgerlichen Gesetzbuchs,
I. Band : Allgemeiner Teil,
Berlin 1897

Verhandlungen des 46. Deutschen
Juristentages,
II. Band : Sitzungsberichte,
München und Berlin 1967

III. Lehrbücher, Grundrisse

Blomeyer	Zivilprozeßrecht, Berlin, Göttingen und Heidelberg 1963
Enneccerus-Lehmann	Recht der Schuldverhältnisse, 15. Auflage, Tübingen 1958
Enneccerus-Nipperdey	Allgemeiner Teil des Bürger= lichen Rechts, 15. Auflage, Tübingen 1959/60
Esser	Schuldrecht, 2. Auflage, Karlsruhe 1960
Flume	Allgemeiner Teil des Bürgerlichen Rechts, II. Band : Das Rechtsgeschäft, Berlin, Heidelberg und New York 1965
Gierke, Julius v.	Handelsrecht und Schiffahrts= recht, 8. Auflage, Berlin 1958
Gierke, Otto v.	Deutsches Privatrecht, I. Band : Allgemeiner Teil und Personenrecht, Leipzig 1895
Haupt	Gesellschaftsrecht, 2. Auflage, Tübingen 1942
Haupt-Reinhardt	Gesellschaftsrecht, 4. Auflage, Tübingen 1952
Hübner	Grundzüge des Deutschen Privatrechts, 5. Auflage, Leipzig 1930

- Wieland Handelsrecht,
I. Band,
München und Leipzig 1932
- Würdinger Gesellschaften,
1. Teil : Recht der Personen=
gesellschaften,
Hamburg 1937

IV. Dissertationen, Monographien, Aufsätze,
Urteilsanmerkungen

- Alexander-Katz Die Erhaltung der kaufmänni=
schen und industriellen
Unternehmung einer OHG,
in : ZHR 70, 81
- Ambos Zur rechtlichen Anerkennung
der sog. faktischen Gesell=
schaft in der Rechtsprechung
und dem Schrifttum der letzten
zwei Jahrzehnte,
Diss. Mainz 1957
- Amecke-Mönnighoff Der Ausschluß eines Gesell=
schafters der OHG durch gericht=
liches Urteil,
Diss. Tübingen 1931
- Baedeker Abwicklungs- und Fortsetzungs=
fragen bei der sog. faktischen
OHG,
Diss. Freiburg 1945
- Ballerstedt Zur Haftung für culpa in
contrahendo bei Geschäftsab=
schluß durch Stellvertreter,
in : AcP 157, 501
- Besprechung von Simitis, Die
faktischen Vertragsverhält=
nisse,
in : AcP 157, 117
- Barz Anmerkung zum RG-Urteil
v. 28.4.1941,
in : DR 1941, 1944

Beckmann	Die fehlerhafte Personengesellschaft, Diss. Freiburg 1963
Beitzke	Nichtigkeit, Auflösung und Umgestaltung von Dauerrechtsverhältnissen, Reihe Recht und Zeit, Heft 9, Schloß Bleckede-Elbe 1948
Benke	Anmerkung zum BGH-Urteil v. 24.10.1951, in : JZ 1952, 307
Betti	Über sog. faktische Vertragsverhältnisse, in : Das deutsche Privatrecht in der Mitte des 20. Jahrhunderts, S. 253, Festschrift für Lehmann, II. Band, Berlin, Tübingen und Frankfurt 1956
Biddermann	Der minderjährige Gesellschafter, Darmstadt o.J.
Binder	Philosophie des Rechts, Berlin 1925
Blomeyer	Fortschritte der modernen Schuldrechtsdogmatik, in : AcP 154, 527
Böhm	Zur Auslegung des § 117 HGB, in : DJZ 1928, 936
Bosebeck	Anmerkung zum RG-Urteil v. 2.8.1943, in : DR 1943, 1223
Breit	Gerichtliche Auflösung der OHG und gerichtliche Ausschließung von Gesellschaftern aus der OHG, in : JR 1926, 761
Brox	Die Einschränkung der Irrtumsanfechtung, Karlsruhe 1960

- Buchda Geschichte und Kritik der deutschen Gesamthandlehre, Arbeiten zum Handels-, Gewerbe-, Landwirtschaftsrecht Nr. 76, Marburg 1936
- Buchwald Personengesellschaften ohne Gesellschaftsvertrag, in : GmbHR 1954, 145

Anmerkung zum BGH-Urteil v. 21.4.1955, in : NJW 1956, 907
- Bydlinski Privatautonomie und objektive Grundlagen des verpflichtenden Rechtsgeschäftes, Wien, New York 1967
- v. Caemmerer Preisverstöße und § 817/2 BGB, in : SJZ 1950, 646
- Canaris Die Feststellung von Lücken im Gesetz, Berlin 1964
- Canter Das Recht auf Übernahme des Geschäfts bei der bürgerlich-rechtlichen Zweimanngesellschaft, in : NJW 1965, 1553
- Coing Grundzüge der Rechtsphilosophie, Berlin 1950
- Dölle Außergesetzliche Schuldpflichten, in : ZgesStW 103, 67
- Eichler Die Rechtslehre vom Vertrauen, Tübingen 1950
- Engelskirchen Die OHG auf mangelhafter Vertragsgrundlage und das Recht auf Beitragsverweigerung und Rückgewähr der Einlagen, Diss. Köln 1951
- Engisch Einführung in das juristische Denken, 2. Auflage, Stuttgart 1959

- Erman Personalgesellschaften auf
 mangelhafter Vertragsgrundlage,
 Münster 1947
- Esser Einführung in die Grundbegriffe
 des Rechtes und Staates,
 Wien 1949
- Grundsatz und Norm in der rich-
 terlichen Fortbildung des Pri-
 vatrechts,
 Tübingen 1964
- Gedanken zur Dogmatik der
 faktischen Schuldverhältnisse,
 in : AcP 157, 86
- Fischer Grenzen bei der Ausübung gesell-
 schaftlicher Mitgliedschafts=
 rechte,
 in : NJW 1954, 777
- Die Stellung des vermeintlichen
 Erben in der OHG,
 in : Recht im Wandel, S. 271,
 Festschrift 150 Jahre Carl
 Heymanns Verlag,
 Köln, Berlin, Bonn
 und München 1965
- Die faktische Gesellschaft,
 in : NJW 1955, 849
- Grenzen für die Anerkennung der
 faktischen Gesellschaft,
 in : NJW 1958, 969
- Flume Rechtsgeschäft und Privatautono-
 mie,
 in : 100 Jahre deutsches Rechts=
 leben, S. 125, Festschrift zum
 100jährigen Bestehen des deut-
 schen Juristentages, Band I,
 Karlsruhe 1960
- Ganßsmüller Die Nebenleistungsgesellschaft
 auf mangelhafter Grundlage,
 in : GmbHR 1955, 172
- Fehlerhafte Abänderungen von
 Gesellschaftsverträgen,
 in : NJW 1956, 698

- Ganßsmüller
Einzelfragen zum Recht der
Gesellschaften auf mangelhafter
Grundlage,
in : DB 1955, 257

Anmerkung zum BGH-Urteil
v. 30.4.1955,
in : NJW 1955, 1067

Anmerkung zum BGH-Urteil
v. 21.4.1955,
in : NJW 1956, 299
- Gierke, Julius v.
Das Handelsunternehmen,
in : ZHR 111, 1
- Gierke, Otto v.
Die Genossenschaftstheorie und
die deutsche Rechtsprechung,
Berlin 1887
- Gieseke
Höchststrichterliche Grundsätze
für die Schätzung des Unter=
nehmenswertes,
in : ZAkDR 1942, 72
- Gogos
Die Geschäftsführung der OHG,
Tübingen 1953
- Grossfeld
Die Privatstrafe,
Schriftenreihe der Gesellschaft
für Rechtsvergleichung Hamburg
Nr. 9,
Frankfurt und Berlin 1961
- Gudénas
Schutz des Unternehmens einer
OHG durch die Ausschließung
eines Gesellschafters gemäß
§ 140 HGB,
Diss. Göttingen 1948
- Habscheid
Besprechung von Meyer-Cording,
Die Vereinsstrafe,
in : AcP 158, 368

Faktische Innengesellschaften,
in : BB 1955, 50
- Hartmann
Der lästige Gesellschafter in
der Wirtschaftspraxis,
2. Auflage,
Köln 1963

- | | |
|---------------|--|
| Haupt | Über faktische Vertragsverhältnisse,
in : Festschrift für Siber,
Band II, S. 1.
Leipzig 1943 |
| | Anmerkung zum Urteil des OLG
Danzig v. 4.12.1942,
in : ZAkDR 1943, 238 |
| Heck | Begriffsbildung und Interessen=
jurisprudenz,
Tübingen 1932 |
| Heidecke | Der Ausschluß eines Gesellschaft=
ters aus wichtigem Grund,
Diss. Köln 1956 |
| Heldrich | Die Form des Vertrages,
in : AcP 147, 89 |
| Herschel | Anmerkung zum RG-Urteil v.17.1.1940,
in : DR 1940, 721 |
| v. Hippel | Das Problem der rechtsgeschäft=
lichen Privatautonomie,
Tübingen 1936 |
| | Zum Aufbau unseres Privatrechts,
Reihe Recht und Staat in Geschichte
und Gegenwart, Heft 195/96,
Tübingen 1957 |
| Höltzke | Die Anwendungsfälle der "fakti=
schen Gesellschaft",
Diss. Heidelberg 1960 |
| Hueck, Alfred | Anmerkung zum BGH-Urteil
v. 4.4.1951,
in : NJW 1951, 651 |
| | Der Treuegedanke im modernen
Privatrecht,
Sitzungsberichte der Bayerischen
Akademie der Wissenschaften,
Heft 7, Jahrgang 1944/46 |
| | Der Treuegedanke im Recht der OHG,
in : Festschrift für Hübner, S. 72,
Jena 1935 |

- Hueck, Alfred Gestaltungsclagen,
in : Recht im Wandel S. 287,
Festschrift 150 Jahre Carl
Heymanns Verlag,
Köln, Berlin, Bonn und
München 1965
- Gesellschafterbeschlüsse bei der
OHG,
in : Beiträge zum Wirtschafts=
recht, II. Band, S. 700,
Arbeiten zum Handels-,
Gewerbe-, Landwirtschaftsrecht
Nr. 76,
Marburg 1931
- Hueck, Götz Der Grundsatz der gleichmäßigen
Behandlung im Privatrecht,
München und Berlin 1958
- Hubmann Grundsätze der Interessenab=
wägung,
in : AcP 155, 85
- Husserl Recht und Zeit,
Frankfurt 1955
- v. Ihering Das Schuldmoment im römischen
Privatrecht,
Civilistische Abhandlungen,
Band 13,
Gießen 1867
- Kämmerer Die Rechtsnatur der OHG,
in : NJW 1966, 801
- Karger Zur Auslegung des § 117 HGB,
in : DJZ 1928, 1074
- Kohler Die Klage auf Zustimmung zum
Ausschluß eines Gesellschafters,
in : NJW 1951, 5
- Küchenhoff Faktische Vertragsverhältnisse
und faktisches Arbeitsverhält=
nis,
in : RdA 1958, 121
- Küster Inhalt und Grenzen der Rechte
der Gesellschafter,
Berlin 1954

- Müller Die Ausschließung von Gesell=
schaftern bei den Handelsgesell=
schaften,
Diss. Köln 1935
- Müller-Erbach Der Schutz der Unternehmerarbeit,
in : ZHR 64, 530
- Neuß Gesellschafterausschließung bei
den Handelsgesellschaften insbe=
sondere bei der OHG,
Diss. Köln 1934
- Nipperdey Faktische Vertragsverhältnisse ?
in : MDR 1957, 129

Anmerkung zum BGH-Urteil
v. 30.4.1955,
in : MDR 1955, 669
- Nikisch Über "faktische Vertragsver=
hältnisse",
in : Vom Deutschen zum Europäi=
schen Recht, Band, I S. 79,
Festschrift für Dölle,
Tübingen 1963
- Obermayer Gedanken zur Methode der Rechts=
erkenntnis,
in : NJW 1966, 1885
- Pawlowski Rechtsgeschäftliche Folgen
nichtiger Willenserklärungen,
Göttingen 1966
- Plum Vertragsfreiheit heute,
in : JZ 1958, 1
- Raiser Vertragsfunktion und Vertrags=
freiheit,
in : 100 Jahre deutsches Rechts=
leben, S.101,
Festschrift zum 100jährigen Be=
stehen des deutschen Juristen=
tages
Karlsruhe 1960

Vertragsfreiheit heute,
in : JZ 1958, 1

- Reinhardt Die Vereinigung subjektiver und objektiver Gestaltungs-
kräfte im Verträge,
in : Festschrift für
Schmidt-Rimpler, S.115,
Karlsruhe 1957
- Ritter Über die Ausschließungsklage
der Handelsgesellschafter,
in : ZHR 69, 267
- Rittner Unternehmen und freier Beruf
als Rechtsbegriffe,
Tübingen 1962
- Ruland Das Innenverhältnis der
nichtigen OHG,
Diss. München 1941
- Russ Anmerkung zum Urteil
des OLG Freiburg v. 7.11.1946,
in : BB 1958, 645
- Sandrock Subjektive und objektive Gestal-
tungskräfte bei der Teilnichtig-
keit von Rechtsgeschäften,
in : AcP 159, 481
- Schafheutle Gesellschaftsbegriff und
Erwerb in das Gesellschafts-
vermögen,
Mannheim, Berlin, Leipzig 1931
- Schilling Wandlungen des modernen
Gesellschaftsrechts,
in : JZ 1953, 489
- Schmalenbach Dynamische Bilanz,
11. Auflage,
Köln und Opladen 1953

- Schmidt-Rimpler Besprechung von Schumann,
Handelsrecht,
in : AcP 155, 158
- Grundfragen einer Erneuerung
des Vertragsrechtes,
in : AcP 147, 130
- Zum Problem der Geschäfts=
grundlage,
in : Festschrift für Nipperdey S.1,
München und Berlin 1955
- Schmitt Über die drei Arten des rechts=
wissenschaftlichen Denkens,
Hamburg 1934
- Schmitz Das Innenverhältnis der fehler=
haften Personalgesellschaft,
Diss. Köln 1955
- Scholz Der wichtige Grund,
in : SJZ 1949, 1
- Schramm Vertragliche Vereinbarungen
über die Ausschließung eines
Gesellschafters aus der OHG,
Diss. München 1962
- Schumann Faktische Personalgesellschaft
und Feststellungsklage,
in : DR 1943, 265
- Die Lebensverhältnisse der
faktischen Personalgesellschaft,
in : DR 1943, 1193
- Schwarze Die Vermögensauseinandersetzung
beim Ausscheiden eines Gesell=
schafters aus einer Personal=
gesellschaft,
Leipzig 1937
- Siebert BGB-System und völkische Ordnung,
in : Deutsche Rechtswissenschaft
1936, 204
- Die faktische Gesellschaft,
in : Festschrift für
Hedemann, S. 266,
Jena 1938

- Siebert Faktische Vertragsverhältnisse,
Schriftenreihe der Juristischen
Studiengesellschaft Karlsruhe,
Heft 41,
Karlsruhe 1958`
- Die faktische Innengesellschaft,
in : BB 1958, 1065
- Anmerkung zum BGH-Urteil
v. 20.10.1951, 3
in : MDR 1952, 287
- Simitis Die faktischen Vertragsverhält=
nisse als Ausdruck der gewan=
delten Funktion der Rechts=
institute des Privatrechts,
Frankfurt 1957
- Stadler Die Problematik der faktischen
Gesellschaft im französischen
und deutschen Recht,
Diss. Berlin 1963
- Steckhahn Die Innengesellschaft,
Berliner juristische Abhand=
lungen, Band 12,
Berlin 1966
- Stein Die verfassungsrechtlichen
Grenzen der Rechtsfortbildung
durch die Rechtsprechung,
in : NJW 1964, 1745
- Steindorff Besprechung von Simitis, Die
faktischen Vertragsverhältnisse,
in : BB 1958, 492
- Steiner Die OHG und die KG in der
deutschen Wirtschaft,
Tübingen 1950
- Tasche Vertragsverhältnis nach
nichtigem Vertragsschluß,
in : JJ 90, 101
- UEC-Richtlinien Die Bewertung von Unternehmungen
und Unternehmensanteilen,
Richtlinien ausgearbeitet von
einer Studienkommission der Union
Européenne des Experts Comptables,
Economiques et Financiers (U.E.C.),
Düsseldorf 1961

Westermann

Wesen und Grenzen der richterlichen Streitentscheidung im Zivilrecht,
Schriften der Gesellschaft zur Förderung der Westfälischen Wilhelms-Universität, Heft 32,
Münster 1955

Interessenkollisionen und ihre richterliche Wertung bei den Sicherungsrechten an Fahnris und Forderungen,
Schriftenreihe der Juristischen Studiengesellschaft Karlsruhe, Heft 1,
Karlsruhe 1954

Wieacker

Societas, Hausgemeinschaft und Erwerbsgesellschaft,
Weimar 1936

Das Sozialmodell der klassischen Privatrechtsgesetzbücher und die Entwicklung der modernen Gesellschaft,
Schriftenreihe der Juristischen Studiengesellschaft Karlsruhe, Heft 3,
Karlsruhe 1953

de Wied

Die faktische Personalgesellschaft im amerikanischen und deutschen Recht,
Diss. Köln 1957

Wolff, Hans J.

Über die Gerechtigkeit als principium iuris,
in : Festschrift für Sauer, S.103,
Berlin 1949

Wolff, Helmuth

Die faktische Gesellschaft,
in : MDR 1952, 535

Über faktische Vertragsverhältnisse,
in : NJW 1953, 1250

Anmerkung zum BGH-Urteil
v. 20.10.1951,
in : NJW 1952, 500

Würdinger

Das subjektive Recht im
Privatrecht,
in : DR 1935, 492

Zeuner

Anmerkung zum Urteil des
OLG Celle v. 7.7.1960,
in : JZ 1961, 384

Zöllner

Die Schranken mitgliedschaft=
licher Stimmrechtsmacht bei
den privatrechtlichen Personen=
verbänden,
München und Berlin 1963

Abkürzungsverzeichnis

AcP	Archiv für die zivilistische Praxis
ADHGB	Allgemeines Deutsches Handelsgesetzbuch
BB	Der Betriebsberater
BGHZ	Entscheidungen des Bundesgerichtshofes in Zivilsachen
BSG	Entscheidungen des Bundessozialgerichts
DB	Der Betrieb
DJZ	Deutsche Juristenzeitung
DR	Deutsches Recht
GmbHR	GmbH-Rundschau
HDSW	Handwörterbuch der Sozialwissenschaften
JJ	Iherings Jahrbücher für die Dogmatik des bürgerlichen Rechts
JR	Juristische Rundschau
JW	Juristische Wochenschrift
JZ	Juristenzeitung
LM	Lindenmaier-Möhring, Das Nachschlagewerk des Bundesgerichtshofes in Zivilsachen
LZ	Leipziger Zeitschrift für Deutsches Recht
MDR	Monatsschrift für Deutsches Recht
NJW	Neue Juristische Wochenschrift
OGHZ	Entscheidungen des Obersten Gerichtshofes für die Britische Zone in Zivilsachen
OLGR	Rechtsprechung der Oberlandesgerichte
RdA	Recht der Arbeit
RGZ	Entscheidungen des Reichsgerichts in Zivilsachen

SJZ	Süddeutsche Juristenzeitung
Warn	Warneyer, Die Rechtsprechung des Reichsgerichts
WM	Wertpapier-Mitteilungen, Teil IV B
ZAkDR	Zeitschrift der Akademie für Deutsches Recht
ZgesStW	Zeitschrift für die gesamte Staatswissenschaft
ZHR	Zeitschrift für das gesamte Handelsrecht und Konkursrecht
ZZP	Zeitschrift für Zivilprozeß

Einleitung

Das Bestehen einer offenen Handelsgesellschaft setzt grundsätzlich einen wirksamen Vertrag voraus. Ist der Versuch des Vertragsschlusses fehlgeschlagen, so liegt eine fehlerhafte OHG vor.

Die Problematik der fehlerhaften oder faktischen¹⁾ OHG ist bereits Gegenstand zahlreicher Untersuchungen gewesen, die sich hauptsächlich mit den dogmatischen Grundlagen dieses Instituts beschäftigen. Obwohl sich für die Begründung der rechtlichen Anerkennung der Kern einer einheitlichen Meinung herauskristallisiert hat, wurde bisher eine völlig überzeugende Beantwortung aller Fragen nicht erreicht, eine gegenüber dem geltenden Recht auch kaum zu lösende Aufgabe. Die Diskussion über die Rechtsgrundlagen der fehlerhaften OHG ist daher auch heute noch nicht zur Ruhe gekommen²⁾.

Über der Suche nach einer durchschlagenden dogmatischen Grundlage wurde die Auseinandersetzung mit den "Lebensverhältnissen"³⁾ der fehlerhaften OHG ein wenig vernachlässigt. Mit der vorliegenden Arbeit soll versucht werden, eine Lücke auf diesem Gebiet zu schließen. Die Arbeit beschäftigt sich mit einem

-
- 1) Die Bezeichnung 'faktische Gesellschaft' ist mißverständlich und trifft nicht den Kern des Problembereichs. Deshalb wird hier der Ausdruck 'fehlerhafte Gesellschaft' vorgezogen. Die Bezeichnung 'faktische Gesellschaft', die im Rechtsleben zunächst unausrottbar verwurzelt schien, wird in letzter Zeit zunehmend durch den Ausdruck 'fehlerhafte Gesellschaft' ersetzt. Auch der BGH (LM Nr. 19 zu § 105 HGB) hat seine Terminologie in dieser Weise gewechselt. Gegen die Bezeichnung 'faktische Gesellschaft' bereits Siebert, Hedemann-Festschrift, S. 289. Besonders vehement bekämpfte Schulze- v. Lasaulx (bei Soergel § 705 Anm. 57) das "Scheusal", ("Werft das Scheusal in die Wolfsschlucht").
 - 2) Vgl. neuestens die Habilitationsschrift von Pawlowski, Rechtsgeschäftliche Folgen nichtiger Willenserklärungen, 1966.
 - 3) Schumann : DR 1943, 1193.

Teilbereich aus den Lebensverhältnissen, aus dem inneren Gefüge der fehlerhaften OHG : der Anwendbarkeit, den Voraussetzungen und Folgen der Ausschluß- und Übernahmeklage gemäß §§ 140, 142 HGB. Dabei läßt sich eine Stellungnahme zu den dogmatischen Grundfragen nicht umgehen, doch ist dieser Bereich bewußt begrenzt gehalten.

Im 1. Teil der Arbeit werden einige Fragen erörtert, deren Beantwortung die Grundlage für die eigentliche Untersuchung des Ausschlußproblems schafft. So werden die Erscheinungsformen der fehlerhaften OHG voneinander abgegrenzt und der Auflösungsgrund sowie die Voraussetzungen einer Fortsetzung der fehlerhaften OHG bestimmt.

Der Hauptteil der Arbeit (2. Teil) ist der Untersuchung der sachlichen Voraussetzungen und des im Einzelfall zulässigen Zwecks des Ausschlusses aus der fehlerhaften Gesellschaft gewidmet.

Einzige materielle Voraussetzung für den Ausschluß eines Gesellschafters aus einer fehlerfreien OHG nach § 140 HGB wie für die Geschäftsübernahme nach § 142 HGB¹⁾ ist ein Umstand in der Person eines Gesellschafters, der nach § 133 HGB für die übrigen Gesellschafter das Recht begründet, die Auflösung der Gesellschaft zu verlangen. Es muß ein wichtiger Grund in der Person eines Gesellschafters vorliegen. Ausschluß eines Gesellschafters und Auflösung der OHG stehen also für einen Teilbereich der auf § 133 HGB beruhenden Auflösungsgründe im Verhältnis der Alternativität zueinander.

Diese Kongruenz von Auflösungs- und Ausschlußgrund könnte auch bei der fehlerhaften OHG vorliegen. Der Gang der Arbeit richtet sich demnach nach den Auflösungsgründen der fehlerhaften OHG, die, der Systematik der §§ 133, 140, 142 HGB zufolge, zugleich denkbare Ausschlußgründe sind.

1) Wenn im folgenden vom Ausschluß gesprochen wird, gilt das auch für die Geschäftsübernahme, soweit nicht ausdrücklich auf einen Unterschied hingewiesen wird.

Nach h.M.¹⁾ genügt zur Begründetheit der Auflösungsklage bei der fehlerhaften Gesellschaft grundsätzlich jeder Anfechtungs- oder Nichtigkeitstatbestand. Ein Vertragsfehler in der Person eines Gesellschafters könnte demnach ein Ausschlußgrund sein. Diese Frage wird zunächst untersucht.

Dabei ist jedoch zu differenzieren. Es ist zu beachten, daß der Gesellschafter, in dessen Person der Grund eintritt, einerseits der sein kann, dessen Erklärung fehlerhaft ist, z.B. der Irrende, daß es aber auch der sein kann, dessen Erklärung nicht fehlerhaft ist, der jedoch die Ursache für die Fehlerhaftigkeit der Erklärungen des einen oder des anderen gesetzt hat, z.B. derjenige, der täuscht, droht oder bewuchert.

Neben dem Anfechtungs- oder Nichtigkeitstatbestand ist die fehlerhafte Gesellschaft aber erst recht auch aus wichtigem Grund gemäß § 133 HGB auflösbar. Die Ausschließbarkeit eines Gesellschafters wegen eines wichtigen Grundes bildet demgemäß den nächsten Gliederungspunkt. Nach einer Untersuchung, welchen Inhalt der Begriff des wichtigen Grundes abstrakt bei der fehlerhaften OHG hat, wird hier der Einfluß der Fehlerhaftigkeit des Vertrages auf die Ausschließbarkeit der einzelnen Gesellschafter geprüft.

Auf eine bereits erwähnte Unterscheidung, die erfolgen muß, soll vorweg noch kurz eingegangen werden. Nach dem Wortlaut des § 140 HGB liegt es nahe, die Ausschlußklage nur bei einer verbenden OHG zuzulassen, da die Vorschrift bestimmt, daß "anstatt der Auflösung" die Ausschließung des Gesellschafters ausgesprochen werden kann. Nach heute h.M. kann der Ausschluß aber auch noch nach der Auflösung beantragt werden²⁾. Durch diese Ausdehnung des Anwendungsbereiches kann das Ausschließungsinstitut zwei Zwecke erfüllen. Bei der verbenden OHG dient der Ausschluß der Abwendung der Auflösung, also der Erhaltung des Unternehmens. Ist die Gesellschaft bereits aufgelöst, kann der Ausschluß theoretisch sowohl der Unternehmenserhaltung, wenn der Gesellschafter

1) Siehe unten S. 18 Note 4 .

2) Vgl. dazu unten S. 90 .

entfernt werden soll, weil er einer geplanten Fortsetzung der OHG im Wege steht, wie lediglich der ungestörten Abwicklung dienen, wenn ein die ordnungsgemäße Liquidation störender Gesellschaftler beseitigt werden soll. Das Ausschließungsinstitut dient also der Erhaltung des Unternehmens und der Sicherung einer ordnungsgemäßen, ungestörten Liquidation. Es ist nun denkbar, daß die Ausschlußmöglichkeit in bestimmten Fällen auf einen dieser beiden Zwecke beschränkt ist. Außerdem sind die Voraussetzungen des Ausschlusses bei der fehlerfreien OHG verschieden streng zu bemessen, je nachdem welches Ziel verfolgt wird. Es ist daher entscheidend für die Begründetheit des Ausschlußbegehrens, ob die Gesellschaft fortgesetzt oder aufgelöst werden soll bzw. ist. Demgemäß wird in der Arbeit bei der Prüfung der potentiellen Ausschlußgründe unterschieden.

Zum Schluß der Arbeit wird untersucht, inwieweit sich die formellen Voraussetzungen (3. Teil) und die Rechtsfolgen (4. Teil) des Ausschlusses aus einer fehlerhaften OHG von denen des Ausschlusses aus einer fehlerfreien OHG unterscheiden.

Erster Teil

Grundlagen der Untersuchung

A. Die Erscheinungsformen der fehlerhaften Gesellschaft

Der freie rechtswissenschaftliche Begriff¹⁾ der 'fehlerhaften Gesellschaft' faßt verschiedene Sachverhalte im Hinblick auf das gemeinsame Merkmal des fehlerhaften oder fehlgeschlagenen Vertragsschlusses zusammen. Damit geklärt werden kann, welche Erscheinungsform der fehlerhaften Gesellschaft der weiteren Untersuchung zugrunde zu legen ist und welche Fallgestaltungen als für das vorliegende Thema unproblematisch ausgeklammert werden können, muß der Begriff auf die in ihm enthaltenen Sachverhalte zurückgeführt werden.

Eine Unterscheidung kann zunächst nach der Art des Fehlers erfolgen, an dem der Gesellschaftsvertrag leidet. Als mögliche Vertragsfehler kommen alle Anfechtungs- und Nichtigkeitsbestimmungen des BGB in Betracht. Auszuscheiden aus unserer Untersuchung sind die Fälle, in denen der Schutzzweck der Fehlernorm die Anerkennung eines Gesellschaftsverhältnisses verbietet²⁾. Die Möglichkeit und das Bedürfnis, einen Beteiligten auszuschließen, besteht erst, wenn ein, fehlerhaftes oder fehlerfreies, Gesellschaftsverhältnis existiert. Hier soll dieser Hinweis genügen. Wo die Grenze der Anerkennung zu ziehen ist, wird später gesondert untersucht³⁾.

-
- 1) Zur Einteilung der Rechtsbegriffe vgl. Coing S. 271 ff. 'Freie rechtswissenschaftliche Begriffe' sind Begriffe, die das Gesetz nicht kennt, die 'frei' gebildet sind und die dazu dienen sollen, den in der vorgegebenen Rechtsordnung dargebotenen Stoff systematisch zu verarbeiten, faßlich darzustellen und sachgerecht zu erweitern.
 - 2) Man kann darüber streiten, ob diese Fallgestaltung überhaupt noch unter den Begriff der fehlerhaften Gesellschaft fällt.
 - 3) Siehe unten S. 122f .

Weiter kann nach dem Zeitpunkt der Fehlerentstehung unterschieden werden, also danach, ob ein Gründungsmangel oder eine mangelhafte Änderung¹⁾ des Gesellschaftsvertrages vorliegt. Im Hinblick auf das Ausschlußproblem sind beide Alternativen grundsätzlich gleich zu behandeln. Besonderheiten ergeben sich allerdings in den Fällen des fehlerhaften Beitritts zu einer mangelfrei zustandegekommenen Gesellschaft und des fehlerhaften Ausschlusses aus einer fehlerhaften Gesellschaft, auf die deshalb später noch einzugehen ist²⁾).

Eine weitere Differenzierung ist dahin möglich, ob sich die Gesellschaft noch im Gründungsstadium befindet oder ob der Gesellschaftsvertrag bereits vollzogen ist³⁾. Im ersten Fall besteht kein Grund von den allgemeinen Vorschriften des BGB abzuweichen⁴⁾, da ihre Anwendung angesichts der Tatsache, daß die Gesellschafter bisher lediglich Pflichten übernommen haben, zu keinerlei Schwierigkeiten führt. Für die Ausschlußklage ist deshalb kein Raum⁵⁾.

-
- 1) Auf die speziellen Probleme der mangelhaften Vertragsänderung kann hier nicht näher eingegangen werden. Vgl. dazu : Westermann, Handbuch, RZ 756ff; Hueck, Recht der OHG, S. 71ff; Schlegelberger-Geßler § 105 Anm. 62 n-p; Weipert § 105 Anm. 76; Staudinger-Keßler § 705 Anm. 122ff; Erman S. 34; Ganssmüller : NJW 1956, 698; Fischer : NJW 1955, 851.
 - 2) Siehe unten S. 75f, 112ff .
 - 3) Wann ein Vollzug anzunehmen ist, ist umstritten. Vollzugshandlungen im Innenverhältnis lassen Erman S. 45 u. 58f, Ganssmüller : DB 1955, 258, Schumann : DR 1943, 1193 und Westermann, Handbuch, RZ 765 genügen. Die wohl h.M. fordert dagegen wenigstens ein Außengeschäft.
So : Haupt-Reinhardt S. 77; Hueck, Recht der OHG, S. 70; Lobedanz S. 53; RGRK-Fischer § 705 Anm.30; Ruland S.115; Schlegelberger-Geßler § 105 Anm.62; Staudinger-Keßler § 705 Anm. 117; Weipert § 105 Anm. 77. Zwingende Gründe, ein Tätigwerden nach außen zu verlangen, bestehen nicht. Ein Vollzug liegt also grundsätzlich bereits vor, wenn die geplante Vermögensgemeinschaft entstanden ist.
 - 4) Allgemeine Meinung : Westermann, Handbuch, RZ 765; Hueck, Recht der OHG, S. 53 m.w.N.
 - 5) Im Gründungsstadium d.h. bevor der Vertrag vollzogen ist, findet die Ausschlußklage i.d.R. auch bei der fehlerfreien OHG keine Anwendung. Vgl. Hueck, Recht der OHG, S. 270, 321.

Die Fälle der noch nicht vollzogenen Gesellschaft werden uns mithin nicht mehr beschäftigen.

Kann der fehlerhafte Vertrag - was naheliegt - geheilt werden, ist schließlich zwischen der geheilten, der heilbaren und der Gesellschaft zu unterscheiden, bei der eine Beseitigung des Fehlers nicht möglich ist. Ist der fehlerhafte Vertrag geheilt, liegt eine normale fehlerfreie OHG vor, so daß grundsätzlich keine Bedenken bestehen, die Ausschlußklage unbeschränkt anzuwenden¹⁾.

Damit ist hinreichend geklärt, von welcher Erscheinungsform der fehlerhaften OHG bei der weiteren Untersuchung auszugehen ist :

Es ist die fehlerhafte, vollzogene, nicht geheilte OHG, deren Bestehen rechtlich anerkannt ist.

B. Der Auflösungsgrund der fehlerhaften OHG

Für die Untersuchung des hier gestellten Ausschlußproblems ist die Frage nach den Voraussetzungen der Fehlerbeseitigung von grundlegender Bedeutung. Die Festlegung dieser Voraussetzungen dient einmal dazu, die Tatbestände der geheilten Gesellschaft, die uns nicht weiter beschäftigen werden, zu bestimmen. Zum anderen kommt ein Ausschluß zur Erhaltung des Unternehmens - auf die beiden möglichen Ziele des Ausschlusses wurde bereits hingewiesen²⁾ - nur in Betracht, wenn die OHG fortgesetzt, d.h. der fehlerhafte Vertrag geheilt werden kann.

1) Ist der vorgebliche wichtige Grund vor der Heilung des Vertrages entstanden, kann allerdings Veranlassung bestehen, die Tatsache, daß der Vertrag einmal fehlerhaft war, bei der Prüfung des Ausschließungsrechtes mit zu berücksichtigen. Soll ein Gesellschafter wegen eines nach der Heilung entstandenen Grundes ausgeschlossen werden, können sich etwa verbliebene Unebenheiten des Vertrages zu Gunsten des Gesellschafters auswirken. Dies rechtfertigt sich daraus, daß bei der Prüfung des Ausschlußverlangens alle Umstände des Einzelfalles zu berücksichtigen sind.

2) Siehe oben S. 3f .

Die Frage, wie der Fehler beseitigt werden kann, ist jedoch sinnvoll nur zu lösen, wenn zuvor die Auswirkung des Vertragsfehlers auf den Bestand der OHG untersucht wird. Es ist also zu fragen, ob für die Auflösung der OHG der Vertragsfehler genügt oder ob ein wichtiger Kündigungsgrund i.S. des § 133 HGB vorliegen muß¹⁾, d.h. ein Grund, der nach objektiver Beurteilung der gesamten Verhältnisse das Verbleiben des Gesellschafters in seiner gesellschaftsvertraglichen Bindung nach Treu und Glauben unzumutbar macht.

I. Wichtiger Grund als Auflösungsgrund

Auf Seiten der Meinung, die die Auflösung ganz dem § 133 HGB unterstellt²⁾, kann man bei einer groben Einteilung, die Grenzen sind fließend, drei Gruppen unterscheiden. Die erste Gruppe wird vom Reichsgericht und denjenigen Autoren gebildet, die ihm in seiner Begründung folgen. Die zweite Gruppe, Lehmann und Gierke, stützt ihre Ansicht auf das Prinzip der möglichsten Festigung und Erhaltung des sozialen Verbandes und damit letztlich des Unternehmens. Eine weitere Gruppe schließlich besteht aus den Vertretern der Lehre von der faktischen Gesellschaft.

-
- 1) Von der Antwort auf diese Frage hängt es auch ab, ob die später zu untersuchende Ausschließbarkeit aufgrund eines Vertragsfehlers überhaupt eine Funktion haben kann.
 - 2) Heute noch zu vertreten von :
Gierke, J., Handelsrecht, § 32/II/2b; Lehmann, Gesellschaftsrecht, 1. Auflage, § 5 III 3, anders in der 2. Auflage; Weipert § 105 Anm. 81; Kuhn : JR 1951, 514; Simitis S. 163, 246; wohl auch Nikisch, Dölle-Festschrift, S. 97 ff.
Früher vertreten von :
Haupt, Siber-Festschrift, S. 19; Anm. zu OLG Danzig : ZAKDR 1943, 238, Gesellschaftsrecht, S. 28; Schumann : DR 1943, 1193; Siebert, Hedemann-Festschrift, S. 269; RGZ 165 S. 206; Barz : DR 1941, 1944; Bosebeck : DR 1943, 1223.

1. Die Rechtsprechung des Reichsgerichts

Das Reichsgericht hat in seiner grundlegenden Entscheidung vom 13.11.1940¹⁾ für die teilweise Gleichbehandlung der fehlerhaften und der fehlerfreien Gesellschaft keine Begründung gegeben, die dogmatisch und methodisch völlig fundiert war²⁾. Das konnte und wollte das Gericht auch nicht, da die Diskussion um die richtige Lösung und ihre Begründung zu jener Zeit in vollem Gange war. Dementsprechend ist die Entscheidung, die Auflösung der fehlerhaften OHG ganz dem § 133 HGB zu unterstellen, in erster Linie von Praktikabilitätsabwägungen bestimmt.

Das Gericht begründet zunächst, daß eine bloße ex-nunc wirkende Anfechtungserklärung wegen der damit verbundenen Unsicherheit die Auflösung noch nicht herbeiführen kann, sondern daß das Auflösungsbegehren nur in Klageform geltend gemacht werden kann. Das Klageerfordernis verbindet das Gericht jedoch automatisch mit der materiellen Auflösungsvoraussetzung des § 133 HGB, dem Vorliegen eines wichtigen Grundes, ohne zu erwägen, ob dieser nicht, unter Beibehaltung der Klage, durch den Anfechtungs- oder Nichtigkeitsbestand ersetzt werden kann. Das legt die Vermutung nahe, daß RG habe die Möglichkeit dieser letzten Lösung nicht gesehen. Wahrscheinlich ging das Gericht davon aus, daß der § 133 HGB nur ganz oder gar nicht auf die fehlerhafte Gesellschaft übertragen werden kann³⁾. Der Satz⁴⁾ : "Es erscheint auch zweckdienlicher, die Frage nach der Auflösung ... nach der Lage der Verhältnisse in der Gegenwart zu beurteilen

1) RGZ 165 S. 193.

2) Kritisch gegenüber der Möglichkeit einer dogmatisch befriedigenden Lösung : Westermann, Handbuch, RZ 764; Kuhn : JR 1951, 514; de Wied S.67.

3) Ob dies eine weitere Folgerung aus dem Wesen der Gesellschaft war, auf die das Gericht seine Lösung sonst im wesentlichen stützt, wie Siebert, Faktische Vertragsverhältnisse, S. 40 meint, ist fraglich.

4) RG a.a.O. S. 206.

als aus Gründen, die in der Vergangenheit liegen, die Gesellschaft ohne Rücksicht auf die Entwicklung, die sie genommen hat, rückwirkend zu vernichten", bestätigt diese Vermutung¹⁾. Das Gericht stellt hier dem Auflösungsgrund des § 133 HGB den Grund und die Rechtsfolge der Anfechtungsbestimmungen gegenüber. Darin kommt die angenommene Unvereinbarkeit des § 133 HGB und der Anfechtungsbestimmungen des BGB zum Ausdruck.

Der Rechtsprechung des Reichsgerichts kann also kein durchschlagendes Argument für eine Auflösbarkeit nur aus wichtigem Grund entnommen werden.

Die berechnete Billigkeitserwägung, daß die Beurteilung eines Auflösungsverlangens nach der Lage der Verhältnisse in der Gegenwart erfolgen muß, verliert an Wert, wenn man fordert, der Anfechtungs- oder Nichtigkeitstatbestand müsse auch zur Zeit des Auflösungsbegehrens noch wirksam sein²⁾.

2. Die Ansicht Gierkes und Lehmanns

Lehmann³⁾ sah früher die Rechtfertigung für eine Gleichstellung von fehlerhafter und fehlerfreier Gesellschaft bezüglich der Auflösung in dem wichtigsten Leitgedanken des Gesellschaftsrechts, der möglichen Festigung und Erhaltung des sozialen Verbandes und seines Unternehmens. Eine leichtere Auflösbarkeit der fehlerhaften OHG widerspricht nach Gierke⁴⁾ dem allgemein anerkannten Grundsatz, daß Unternehmungen nach Möglichkeit aufrechterhalten werden sollen und eine wert=

1) Hueck, Recht der OHG, S. 60, Note 15 bezeichnet die Ausführungen des Reichsgerichts a.a.O. als "nicht ganz klar". Der scheinbare Widerspruch des Satzes löst sich aber bei der hier gegebenen Interpretation.

2) So die h.M. Siehe unten S. 18 Note 4 .

3) Gesellschaftsrecht 1.Auflage, § 5 III 1; in der 2.Auflage folgt Lehmann dem BGH.

4) Handelsrecht, § 32 II 2b.

zerstörende Vernichtung vermieden werden soll¹⁾.

Diese Argumente vermögen das erwünschte Ergebnis nicht zu tragen. Sie setzen voraus, daß das Gesellschaftsrecht einen Bestandsschutz des Unternehmens kennt, der in jedem Fall den Vorrang vor entgegenstehenden Einzelinteressen hat. Ein so weitgehender Schutz besteht jedoch nicht.

Das Unternehmen ist zwar ein zu schützender Wert²⁾. Es darf aber nicht als selbständiger Rechtswert³⁾, sondern es muß in seiner Funktion innerhalb unseres Wirtschaftslebens gesehen werden. Es dient dem Menschen, indem es ihn mit Waren und gewerblichen Leistungen versorgt und damit seine wirtschaftlichen Bedürfnisse befriedigt und indem durch seine Existenz Arbeitsplätze geschaffen werden. Das ist aber eine rein tatsächliche orientierte Argumentation, aus der sich nicht folgern läßt, daß ein so starker Bestandsschutz des Unternehmens auch in der rechtlichen Struktur der Personalgesellschaft seinen Niederschlag gefunden hat.

Man kann in der modernen Entwicklung auch eine gewisse, der oben skizzierten Bedeutung entsprechende, Verselbständigung des Unternehmens feststellen⁴⁾, d.h. in der Rechtswirklichkeit steht nicht mehr die Gesellschaft als personen- und schuldrechtliche Beziehung der Gesellschafter im Vordergrund,

1) Siebert spricht in einer Anmerkung zum Urteil des BGH vom 24.10.1951 (MDR 1952, 290) die Vermutung aus, daß der BGH über diesen Gesichtspunkt eventuell zu einer schwereren Auflösbarkeit der fehlerhaften OHG gelangt wäre, wenn das Unternehmen in dem zu entscheidenden Fall erhaltungswürdig gewesen wäre.

2) Vgl. Rittner, Unternehmen und freier Beruf, S. 17 : "Die vom Unternehmer geschaffene Kombination verschiedener Produktionsmittel soll als solche tunlichst erhalten bleiben; sie ist ein schutzwürdiges Gut". Vgl. auch Müller-Erzbach : ZHR 64, 536.

3) So auch Schilling : JZ 1953, 494.

4) Vgl. dazu : Westermann, Handbuch, RZ 71; Plum S. 137; Steiner S. 63ff; kritisch gegenüber dieser Beobachtung Ballerstedt : AcP 157, 131.

sondern das Unternehmen wird als ein relativ eigenständiger wirtschaftlich, sozialer Organismus bewertet. Das kann jedoch de lege lata nicht zu dem von Gierke und früher von Lehmann postulierten Vorrang des Unternehmens führen, sondern nur zu einer 'unternehmensfreundlichen' Auslegung der entscheidenden gesetzlichen Bestimmungen. Das Gesetz enthält zwar das Bestreben nach Erhaltung des Personenverbandes als einer wirtschaftlichen Organisation¹⁾. Das kommt in vielen Vorschriften zum Ausdruck²⁾. Man kann dazu rechnen : das Bestehen von Gesamthandseigentum, die gemäß § 124 HGB bestehende rechtliche Selbständigkeit im Außenverhältnis, die §§ 138 bis 142 HGB, die diese Tendenz am deutlichsten verkörpern, die Liquidationsvorschriften. Daraus läßt sich, auch bei unternehmensfreundlicher Auslegung, aber nicht folgern, daß das Unternehmensinteresse generell den Vorrang hat³⁾. In der Konzeption des Gesetzes dient die OHG in erster Linie den wirtschaftlichen Interessen der Gesellschafter. Die Gesellschafter haben sich zusammengeschlossen, um mit vereinten Kräften einen Erfolg herbeizuführen, den sie auch allein anstreben könnten. Aus Zweckmäßigkeitsgründen wollen sie ihre Interessen gemeinsam fördern. Es handelt sich also um private Interessen der Gesellschafter. Das Unternehmensinteresse, als Zusammenfassung der Interessen der Mehrzahl der Beteiligten, steht deshalb auch nicht auf einer qualitativ höheren Stufe als ein entgegenstehendes Einzelinteresse⁴⁾.

Auch das Allgemeininteresse an der Erhaltung des Unternehmens kann daher nur in beschränktem Umfang Beachtung finden, da der Gesetzgeber nicht in erster Linie den Schutz der Gesamtwirtschaft im Auge hatte.

1) Würdinger, Gesellschaften, S. 34.

2) Müller-Erzbach : ZHR 61, 374.

3) Vgl. Ruland S. 92; Hueck, Treuegedanke im Recht der OHG, S. 78; Gesellschafterbeschlüsse, S. 711; Schramm S. 4; Alexander-Katz : ZHR 70, 87.

4) So aber Gudénas S. 26f.

Als Ergebnis läßt sich demnach festhalten : Die Frage, welche Anforderungen an die Auflösung der fehlerhaften OHG zu stellen sind, läßt sich nicht mit dem Hinweis auf den Vorrang des Unternehmensinteresses zugunsten der Regelung des § 133 HGB beantworten. Ein solcher Vorrang besteht nicht. Es muß eine an der gesetzlichen Bewertung ausgerichtete Interessenabwägung zwischen dem Interesse der Gesellschaft, im beschränkten Umfang auch der Allgemeinheit, an der Erhaltung des Unternehmens und dem Interesse des benachteiligten Gesellschafters an seiner ausschließlichen Bindung durch fehlerfreie Rechtsgeschäfte erfolgen. Dieser Interessenkonflikt wird durch die Argumentation Gierkes verdeckt.

3. Die Lehre von der 'faktischen Gesellschaft'

Für die Vertreter der Lehre von der faktischen Gesellschaft¹⁾ folgt die Anwendung des § 133 HGB auf die fehlerhafte Gesellschaft zwingend aus ihrem dogmatischen Ansatzpunkt²⁾. Wenn die faktische Betätigung die Kraft hat, die gleichen Rechtswirkungen hervorzurufen wie der Gesellschaftsvertrag, faktisch und vertraglich begründete Gesellschaft also gleichstehen, so muß sich das auch auf die Auflösbarkeit erstrecken. Eine kritische Auseinandersetzung mit dieser Ansicht über die Auflösungsvoraussetzungen der fehlerhaften OHG erfordert also eine Stellungnahme zur Lehre von der faktischen Gesellschaft.

Über und vor allem gegen diese Lehre ist bereits viel geschrieben worden³⁾. Ihre Problematik soll deshalb nicht zu ausführlich behandelt werden.

-
- 1) Haupt, Siber-Festschrift, S.28; Schumann : DR 1943, 265, 1193; Siebert, Hedemann-Festschrift, S.266, BGB-System und völkische Ordnung, Deutsche Rechtswissenschaft 1936, 204; Simitis, Die faktischen Vertragsverhältnisse 1957; Russ : BB 1958, 645; Nikisch, Dölle-Festschrift, Bd.I, S.79.
 - 2) Wolff : MDR 1952, 535; Simitis S. 334.
 - 3) Nur von den zahlreichen Einzelschriften seien genannt : Ballerstedt : AcP 157, 47; Beitzke S.8; Erman S. 46; Esser : AcP 157, 86; Flume, Festschrift Dtsch. Juristentag, S. 189; Küchenhoff : RdA 1958, 121; Siebert : BB 1958, 1065; Faktische Vertragsverhältnisse, S.40; Lehmann : NJW 1958, 1.

Obwohl Unterschiede in der Begründung des Ergebnisses bestehen, ist das Essentielle aller Begründungsversuche die mehr oder minder globale Gleichbewertung phänomenologisch-faktischer Tatbestände mit den gesetzlich genormten Voraussetzungen.

Haupt stellt das faktische Gesellschaftsverhältnis dem durch gegenseitige Willenserklärung geschaffenen gleich. Zu dieser Gleichstellung fühlte er sich durch die Beobachtung berechtigt, daß sich beide Zusammenschlüsse in ihrem sozialen Sinngehalt in nichts unterscheiden. Das Schwergewicht liege deshalb entgegen der den Zivilgesetzen zugrunde liegenden Vorstellung in den Fällen des fehlgeschlagenen Vertragsschlusses nicht in dem Vorgang des rechtsgeschäftlichen Zustandekommens, sondern in der Tatsache der nicht zu ignorierenden Existenz des Gemeinschaftsverhältnisses¹⁾.

Siebert²⁾ lehnt die antithetische Gegenüberstellung eines Vertrages und eines faktischen Vertragsverhältnisses als systematisch zwiespältig und methodisch unbefriedigend ab. Er setzt an ihre Stelle eine "eigentümliche unternehmens- und verbandsrechtliche Betrachtungsweise", die dem Gesellschaftsvertrag insgesamt, insoweit im Gegensatz zu Haupt, seine konstitutive Bedeutung abspricht. Die Begründung der Gesellschaft erfolgt danach durch eine "körperschaftliche Schöpfungshandlung", die gegenüber den allgemeinen Vertragsbestimmungen des BGB selbständig ist³⁾.

-
- 1) Er legt deshalb entscheidendes Gewicht auf die Unterscheidung zwischen Vertrag und Vertragsverhältnis.
 - 2) Deutsche Rechtswissenschaft 1936, 228ff, 241f; Hedemann-Festschrift, S. 269-271, 286-289.
Siebert sucht heute eine Lösung über eine an den Ordnungsgesichtspunkten des Gesetzgebers ausgerichtete Interessenabwägung. Siehe BB 1958, 1066; Faktische Vertragsverhältnisse, S.98ff. Den maßgeblichen Ordnungsgesichtspunkt sieht er in dem Prinzip des gesteigerten Bestandsschutzes bei personenrechtlichen Dauerschuldverhältnissen. Er steht damit in der Nähe der Lehre von der sog. Beschränkung der Nichtigkeitsfolgen. Siehe dazu unter S.
 - 3) Diese Betrachtungsweise basiert auf einer Theorie, die das Recht im Anschluß an Carl Schmitt, Über die drei Arten des rechtswissenschaftlichen Denkens S. 11ff. als eine konkrete Ordnung oder Gestaltung auffaßt. Für das konkrete Ordnungsgedanken ist 'Ordnung' auch juristisch nicht in erster Linie Regel oder eine Summe von Regeln, sondern umgekehrt, die Regel nur ein Bestandteil und Mittel der Ordnung.

Heute ist allein noch Simitis als unbedingter Verfechter der Lehre von der faktischen Gesellschaft anzusprechen. Er stellt das Problem in einen größeren Zusammenhang, indem er eine Fortentwicklung der Interessenjurisprudenz anstrebt¹⁾. Seine These ist, daß der Wandel der sozialen Funktion eines Rechtsinstituts zu einer Relativierung der das Rechtsinstitut konstituierenden Normen führt²⁾. An die Stelle einer Interessenabwägung, die an den Wertungsmaßstäben des Gesetzgebers ausgerichtet ist, soll die Feststellung einer in der Rechtswirksamkeit vorweggenommenen Entscheidung über den Vorrang dieser oder jener Interessen treten. Diese Entscheidung wird für die rechtliche Bewertung als verbindlich akzeptiert.

Simitis³⁾ geht von der Antinomie der gesetzlich fixierten Form des Rechtsinstituts Gesellschaft und seiner sozialen Funktion aus. Die gesetzliche Normierung sei ihrer Natur nach statisch. Sie erfasse nur eine Entwicklungsstufe des Instituts Gesellschaft, der Inhalt entwickle sich dynamisch weiter⁴⁾. So komme es zum Konflikt : Die gesetzliche Form entspreche nicht mehr der gewandelten sozialen Funktion. Das Individuum stehe nicht mehr im Mittelpunkt, es gehe in der Gesellschaft auf. Das Gesellschaftsverhältnis sei durch das überragende Interesse an der Erhaltung des Unternehmens verdinglicht worden. Die durch die Betätigung der Beteiligten als Gesellschaft ausgelösten Interessenkonflikte begründeten die gesamte Problematik⁵⁾. Um die gefährdeten, wirtschaftlich

1) Steindorff : BB 1958, 492.

2) Simitis S. 233.

3) Simitis S. 226ff und passim.

4) Auf diese Entwicklung wurde bereits oben S. 11f hingewiesen. Nur die daraus gezogenen Folgerungen waren andere.

Vgl. zur Zeitstruktur des Rechts Husserl, Recht und Zeit, S. 22; Obermayer : NJW 1966, 1887.

5) Die Anerkennung der faktischen Gesellschaft beruht damit primär auf der Betätigung.

wertvolleren Interessen, sei es der Gläubiger, sei es der Gesamtheit der übrigen Beteiligten, schützen zu können, müsse das die Erfüllung dieser Interessen garantierende Unternehmen aufrechterhalten werden.

Nach Simitis hat die gegebene Interessenlage also eine rechtsgestaltende Kraft. Nicht nur der Interessenausgleich, auch die Interessenbewertung hat sich gewandelt. Die faktische Gesellschaft ist danach kein kranker Ausnahmefall, sondern Ausdruck der gewandelten Funktion des Rechtsinstituts Gesellschaft.

Gegen die Lehre von der faktischen Gesellschaft, insbesondere gegen die von Simitis vorgetragene Begründung, bestehen erhebliche Bedenken.

Es erscheint fraglich, ob wirklich der von Simitis behauptete Wandel der sozialen Funktion des Rechtsinstituts Gesellschaft eingetreten ist^{1) 2)}. Es ist doch vielmehr so, daß die Konstellation, wie sie heute besteht, schon bei Erlaß des Gesetzes vorhanden war³⁾. Die wirtschaftliche Bedeutung der Interessen der Allgemeinheit und der übrigen Beteiligten ist zwar gewachsen, ihre soziale Wertigkeit hat sich im Prinzip aber seither nicht gewandelt. Die soziale Funktion des Rechtsinstituts ist dem Grunde nach gleichgeblieben⁴⁾.

Der Grund für den Interessenkonflikt liegt in der einseitigen Ausrichtung des Gesetzgebers an individualrechtlichen Verhält-

1) So auch Ballerstedt : AcP 157, 131.

2) Diese Behauptung impliziert das Bestehen einer nachträglichen Gesetzeslücke, obwohl Simitis das ausdrücklich nicht sagt. Der Gesetzgeber hätte demnach die Notwendigkeit einer Anerkennung der fehlerhaften Gesellschaft zur Zeit des Gesetzeserlasses noch nicht sehen können, da diese Frage erst durch die nachfolgende wirtschaftliche Entwicklung auftauchte. Vgl. dazu Steiner S. 57ff.

3) Danach würde es sich also um eine von Anfang an bestehende Gesetzeslücke handeln. So auch : Erman S. 59; Schmidt-Rimpler : AcP 155, 158; Lehmann : NJW 1958, 3. Gegen die Annahme einer Gesetzeslücke Wolff : MDR 1952, 535. Kritisch auch Larenz, Methodenlehre, S. 299.

4) Zumindest ist Simitis den exakten Nachweis für diesen Wandel schuldig geblieben.

nissen bei Aufstellung der rechtsgeschäftlich-schuldrechtlichen Normen. Daß diese Normen bei gewissen Gemeinschaftsverhältnissen versagen, wurde nicht erkannt. Simitis argumentiert damit auf einer unbewiesenen Grundlage. Es bleibt von seinem Ausgangspunkt eine *petitio principii*, daß auch eine auf rein tatsächlicher Grundlage errichtete Gemeinschaft eine Gemeinschaft im Rechtssinne sein soll.

Selbst wenn man die Vorwegnahme der Interessenbewertung in der Rechtswirklichkeit akzeptiert, so bleiben gegen diese Methode der Rechtsfindung erhebliche Bedenken. Als Instanz, die über die vollzogene Höherbewertung dieser oder jener Interessen befindet, d.h. sie feststellt, kommt nur der Richter in Betracht. Der Wandel der sozialen Funktion eines Rechtsinstituts läßt sich jedoch nicht einmal annähernd exakt bestimmen. Da der Richter damit letztlich aufgrund eigener freier Wertung entscheiden muß, wird er praktisch in die Rolle des Gesetzgebers gedrängt, eine Funktion, die er nicht erfüllen kann¹⁾.

Außerdem ist es bedenklich, allein auf die wirtschaftliche Bedeutung der Interessen abzustellen. Die Privatautonomie, die durch die Anfechtungs- und Nichtigkeitsbestimmungen des BGB letztlich geschützt wird, und das wirtschaftlich ausgerichtete Interesse an der Erhaltung des Unternehmens sind inkommensurabel. Es fehlt der gemeinsame Maßstab, an dem sie verglichen werden können. Das bedeutet, daß selbst ein Wandel der sozialen Funktion die Wertentscheidung des Gesetzgebers nicht unbedingt revisionsbedürftig machen muß.

Das Kernstück der Lehre von der faktischen Gesellschaft ist die normative Kraft, die rein tatsächlichen Vorgängen beigelegt

1) Die Auffassung von Simitis, obwohl im Ausgangspunkt rechtssoziologisch, ist damit im Grunde voluntaristisch. Zwar enthält der richterliche Denkvorgang anerkanntermaßen voluntaristische Elemente, Westermann, Streitentscheidung, S.12. Diese Willensentscheidung ist aber nicht dem freien richterlichen Ermessen überlassen, sondern an die verifizierbare generelle Wertung des Gesetzes gebunden.

wird¹⁾. Damit wird der Boden des Gesetzes verlassen²⁾. Alle vorgebrachten Argumente vermögen nicht zu begründen, daß das Faktische eine rechtsschöpferische Kraft entfalten kann. Zwar ließe sich grundsätzlich eine Ausnahme vom Vertragsprinzip rechtfertigen, da das Willenserklärungsdogma in unserem Recht nicht so fest gefügt ist³⁾. Weder im Wege der Einzel- noch der Gesamtanalogie läßt sich die Konstruktion einer faktischen Gesellschaft aber dogmatisch rechtfertigen. Eine rein sozio= logische Betrachtungsweise mag mit Recht zu dem Ergebnis kommen, daß auch in den Fällen des fehlgeschlagenen Vertragsschlusses ein lebendes Sozialverhältnis besteht und deshalb kein kranker Ausnahmefall vorliegt. Das zwingt den Juristen jedoch nicht dazu, auf dieses Gebilde die vom Gesetz für die vertrag= liche Gesellschaft vorgesehenen Normen anzuwenden.

Als Ergebnis läßt sich demnach festhalten : Keine der für eine Auflösbarkeit der fehlerhaften OHG lediglich aus wichtigem Grund gegebenen Begründungen ist stichhaltig. Gegen alle lassen sich Bedenken erheben.

II. Vertragsfehler als Auflösungsgrund

Die fehlerhafte OHG muß also grundsätzlich bereits aufgrund des Vertragsfehlers aufgelöst werden können⁴⁾. Diese Lösung bleibt als einzige Alternative. Nur sie läßt die gesetzliche

- 1) Haupt drückte das mit den Worten aus :
"Die Wirklichkeit ordnet vielfach die Partner ... einander zu, mögen sie wollen oder nicht", Siber-Festschrift, S.28. Bei Simitis ist es die rechtsgestaltende Kraft der Interessenlage.
- 2) Daß die Lehre von der faktischen Gesellschaft in ihrem Kern gesetzwidrig ist, sagen z.B. : Esser : AcP 157, 89; Lehmann : NJW 1958, 1; Flume, Festschrift Dtsch. Juristentag, S. 189; Küchenhoff : RdA 1958, 123 (nach ihm liegt sogar ein Verstoß gegen 2/I GG vor); Brox S. 215.
- 3) Erman S. 47.
- 4) H.M. : BGHZ 3/S.285; Beitzke S.62; Brox S.258; Erman S.30; Ganssmüller : GmbHR 1955, 174; Haupt-Reinhardt S.74; Hueck, Recht der OHG, S.60 : Lehmann, Gesellschaftsrecht, S.40; Schlegelberger-Geßler § 105 Anm. 62d; Siebert, Faktische Vertragsverhältnisse, S.66, MDR 1952,287; Westermann, Handbuch, RZ 775.

Interessenbewertung, die dem Interesse des durch die Nichtigkeitsnorm Geschützten den Vorrang vor dem Interesse der übrigen Beteiligten einräumt, wenigstens teilweise zum Tragen kommen. Wenn man in der Anerkennung der fehlerhaften Gesellschaft in methodischer Hinsicht die Ausfüllung einer verdeckten¹⁾ anfänglichen Gesetzeslücke sieht²⁾, so ist diese Lösung die allein mögliche. Die Ausfüllung einer Gesetzeslücke erfordert eine Ergänzung des Gesetzes aus seinem eigenen Gedankenzusammenhang; sie hat unter Wahrung der Wertmaßstäbe zu erfolgen, die dem Gesetz selbst zugrunde liegen. Danach muß hier der im Nichtigkeitsgebot zum Ausdruck gekommene rechtspolitische Zweck wenigstens für die Zukunft wirksam bleiben. Es stellt eine unnötige, nicht durch Rücksicht auf praktische Notwendigkeiten gerechtfertigte Härte dar, Gesellschafter an eine Gemeinschaft zu binden, die nur von einem fehlerhaften Willen getragen ist.

C. Voraussetzungen einer Fortsetzung der fehlerhaften OHG

Da die Gesellschaft bei Vorliegen eines Vertragsfehlers auf die Dauer nicht bestehen kann, ist ein Ausschluß mit dem Ziel der Unternehmenserhaltung nicht möglich, wenn der Fehler nicht während des Ausschließungsverfahrens beseitigt wird. Es ist also zu fragen, ob und unter welchen Voraussetzungen die fehlerhafte OHG fortgesetzt werden kann.

Die Problematik der fehlerhaften Gesellschaft wird von vielen allein unter dem Gesichtspunkt betrachtet, wie eine sachgerechte Abwicklung erreicht werden kann³⁾. Eine Abwicklung ist

1) Eine verdeckte Gesetzeslücke liegt nach Larenz, Methodenlehre, S.283 vor, wenn eine Gesetzesregel gemäß der immanenten Teleologie des Gesetzes einer Einschränkung bedarf, die das Gesetz vermissen läßt.

2) Vgl. zu dieser Frage unten S. 67ff .

3) Im Gegensatz dazu stellt Westermann, Handbuch, RZ 767ff. die Möglichkeiten der Heilung in den Mittelpunkt seiner Behandlung der fehlerhaften Gesellschaft. Ausführlicher beschäftigen sich mit diesem Themenkreis auch Erman S. 29ff. und Schmitz S. 29ff. Vgl. auch Simitis S. 255, der

jedoch nicht zwingend geboten. Eine Fortsetzung der Gesellschaft ist, wirtschaftlich betrachtet, oft sinnvoll. Der Mangel der vertraglichen Grundlage des Unternehmensträgers Gesellschaft wirkt sich i.d.R. auf das Unternehmen selbst nicht in der Weise aus, daß eine Liquidation auch wirtschaftlich immer vernünftig wäre. Das Unternehmen entfaltet insofern ein Eigenleben, es ist verselbständigt. Die Vorteile einer Fortsetzung der Gesellschaft gegenüber einer Abwicklung und Neugründung liegen auf der Hand. Der bei wirtschaftlicher Betrachtung gleiche Erfolg, die Weiterführung eines bestimmten Unternehmens, wird auf einem viel einfacheren Weg erreicht. Selbst wenn nach der Auflösung keine Liquidation stattfindet und eine neue Gesellschaft in eventuell leicht veränderter Zusammensetzung das gesamte Betriebsvermögen der fehlerhaften OHG übernimmt, so entstehen doch steuerliche und andere vermögensmäßige Nachteile.

Bestehen keine rechtlich geschützten Interessen der Allgemeinheit oder einzelner Beteiligter an einer Abwicklung, ist kein Grund ersichtlich, eine Fortsetzung nicht zuzulassen. Da diese Interessen gerade durch die Nichtigkeits- und Anfechtungsbestimmungen geschützt werden, ist eine Heilung des Vertrages notwendig, aber auch ausreichend. Daneben ist ein besonderer Fortsetzungsbeschluß aller Gesellschafter, an den man im Hinblick auf die Rechtslage bei der aus einer fehlerfreien OHG entstandenen Liquidationsgesellschaft denken könnte, nicht erforderlich. Die vom allgemeinen Recht zur Verfügung gestellten Mittel zur Rettung eines Vertrages berücksichtigen alle durch die Fehlerhaftigkeit benachteiligten Interessen. Man kann zwar sagen, daß bei der fehlerhaften Gesellschaft, wie bei der Liquidationsgesellschaft, die Abwicklung alleiniger Zweck ist. Durch den Heilungsakt, der die Gesellschaft auf eine fehlerfreie Vertragsgrundlage stellt, wandelt er sich aber in den Erwerbszweck um.

Auf welche Weise kann der fehlerhafte Vertrag nun geheilt werden ?

jedoch der Heilung aufgrund seines dogmatischen Ausgangspunktes nur eine begrenzte Funktion zuerkennt.

Die Beteiligten können den Vertrag erneut abschließen. Heilende Wirkung hat die Neuvernahme natürlich nur, wenn jetzt alle förmlichen und sachlichen Errichtungserfordernisse erfüllt sind, d.h. der Fehler vermieden wird. Der neue Vertrags= schluß kann auch durch schlüssiges Verhalten erfolgen; doch müssen die Beteiligten dann in Kenntnis der Nichtigkeit han= deln oder zumindest das Bewußtsein haben, der Vertrag könne fehlerhaft sein. Nichts anderes als ein erneuter Abschluß ist die sog. Bestätigung gemäß § 141 BGB, da eine Bestäti= gung im eigentlichen Sinne nicht anerkannt ist.

Erfaßt der Mangel lediglich einzelne Klauseln, sei es des Ver= trages, sei es der Erklärung eines Gesellschafters, kann die Nichtigkeit unter den Voraussetzungen des § 139 BGB auf den fehlerhaften Teil des Vertrages beschränkt werden. Enthält der Vertrag eine Bestimmung, wonach die Ungültigkeit einzel= ner Abmachungen die Gültigkeit des Vertrages im übrigen nicht berühren soll, eine sog. salvatorische Klausel, ist die Ver= mutung der Gesamtnichtigkeit widerlegt¹⁾. Fehlt eine solche Klausel, sollen nach h.M. an die Widerlegung der Vermutung des § 139 BGB gleichwohl keine hohen Anforderungen gestellt wer= den²⁾.

Die Frage, ob der Vertrag in Anwendung des § 139 BGB aufrecht= erhalten werden kann, stellt sich auch, wenn die gesamte Er= klärung eines Gesellschafters nichtig ist³⁾. Hier ist zu unter= scheiden, ob sich die Gesellschaft noch im Gründungsstadium befindet oder ob sie bereits vollzogen ist.

-
- 1) BGH WM 1955, 1054; Hueck, Recht der OHG, S.54 Note 10; Erman S. 29; Westermann, Handbuch, RZ 770. Zur Frage, wie in diesen Fällen die entstandenen Vertragslücken auszu= füllen sind, vgl. Westermann a.a.O.
 - 2) BGH WM 1962, 462; Hueck a.a.O.; Erman a.a.O.; Schlegel= berger-Geßler § 105 Anm. 62. Fraglich ist, wie dieses Er= gebnis begründet werden kann. Erman schließt aus dem häu= figen Vorkommen dieser Klauseln, daß die Aufrechterhal= tung des Vertrages i.d.R. dem Willen der Parteien ent= spricht. Doch ließe sich daraus auch ein 'argumentum e contrario' herleiten.
 - 3) Sind am Gesellschaftsvertrag nur zwei Personen beteiligt, ist der Vertrag natürlich nichtig.

Im Gründungsstadium kann die Frage nicht generell verneint werden. Es ist kein Grund ersichtlich, warum auch der Vertrag zwischen den übrigen Gesellschaftern nichtig sein soll, wenn ihnen die weitere Bindung unter Berücksichtigung ihres - wirklichen oder hypothetischen - Willens zumutbar ist¹⁾. Fraglich kann allein sein, wann dies der Fall ist.

Jedenfalls liegt dann nur Teilnichtigkeit vor, wenn im Vertrag eine Fortsetzungsklausel i.S. des § 138 HGB enthalten ist²⁾. Soll die Gesellschaft bei Ausscheiden eines Gesellschafters unter den anderen fortbestehen, muß dies erst recht bei einem Nichtbeitritt gelten³⁾.

Fehlt eine Fortsetzungsklausel, kann Teilnichtigkeit wohl nur in Ausnahmefällen angenommen werden⁴⁾. Wie die §§ 131ff. HGB zeigen, ist das Bestehen der Gesellschaft grundsätzlich von der Teilnahme aller Gesellschafter abhängig. Andererseits beziehen sich diese Vorschriften aber auf eine bereits vollzogene Gesellschaft. Das Ausscheiden eines Gesellschafters nach Vollzug hat i.d.R. schwerwiegendere Folgen als der Ausfall bereits im Gründungsstadium. Die Anwendung des § 139 BGB kann deshalb auch bei Fehlen einer Fortsetzungsklausel nicht vollkommen ausgeschlossen werden. An die Feststellung des hypothetischen Willens der übrigen Gesellschafter sind aber strenge Anforderungen zu stellen, da das in den §§ 131ff. BGB niedergelegte Strukturprinzip der OHG natürlich auch im Gründungsstadium zu beachten ist⁵⁾.

-
- 1) Der Weg zu der danach notwendigen Interessenbewertung ist versperrt, wenn man aus dem Wesen des Gesellschaftsvertrages folgert, der Vertrag könne nur unter allen Gesellschaftern oder gar nicht gelten. So aber: Soergel-Siebert-Hefermehl § 139 Anm. 29; Schlegelberger-Geßler, 3. Aufl., § 105 Anm. 49; Haupt-Reinhardt S. 28; Düringer-Hachenburg-Geiler Anm. 43.
 - 2) Nach Hueck, Recht der OHG, S. 54f und ihm folgend Lehmann, Gesellschaftsrecht, S. 47 und Schlegelberger-Geßler § 105 Anm. 62 soll dies der einzige Fall sein, in dem Teilnichtigkeit vorliegt.
 - 3) Über einen Ausnahmefall vgl. Hueck a.a.O.
 - 4) So Westermann, Handbuch, RZ 771.
 - 5) Ohne die hier gemachte Einschränkung wollen den § 139 BGB

Sehr fraglich ist, ob § 139 BGB auch nach Vollzug des Gesellschaftsvertrages noch angewandt werden kann¹⁾. Einmal fehlt es an der eigentlich erforderlichen Nichtigkeit ex tunc der Erklärung des Gesellschafters, der Teilnichtigkeit²⁾. Der Gesellschafter würde nicht mit rückwirkender Kraft aus der Gesellschaft ausscheiden, sondern für die Vergangenheit und die notwendige Auseinandersetzung der Gesellschaft zugeordnet bleiben³⁾.

Schwerer als dieses mehr formale Argument wiegt jedoch folgende Überlegung : § 139 BGB nimmt für die Aufrechterhaltung des nicht von der Nichtigkeit erfaßten Teils des Rechtsgeschäftes auf den gemeinsamen wirklichen oder hypothetischen Willen Bezug⁴⁾. Die Vorschrift ist damit eigentlich nicht auf den Fall der Nichtigkeit der gesamten Erklärung einer Partei zugeschnitten, da eine Frage nach ihrem Willen sinnlos ist. Die Nichtberücksichtigung ihres - nicht existierenden - Willens ist bei fehlerhaften Verkehrsgeschäften und bei der fehlerhaften Gesellschaft im Gründungsstadium jedoch zulässig, da es für die Vertragspartei hier gleichgültig ist, ob der Vertrag zwischen den übrigen aufrechterhalten wird oder ebenfalls nichtig ist. Anders ist die Interessenlage aber bei einer vollzogenen Gesellschaft. Hier ist es für den Gesell-

anwenden :

Erman S. 33ff; Staudinger-Geiler § 705 Anm. 4-10; Staudinger-Keßler § 705 Anm. 98; Planck § 705 Anm. 3; Würdinger, Gesellschaften, S. 42, 45; Lobedanz S. 29.

Im Ergebnis ebenso : Weipert § 105 Anm. 56; Gierke, Handelsrecht, S. 190.

- 1) Bejahend, soweit ersichtlich, wohl nur Erman a.a.O. insbesondere S. 35; Westermann a.a.O., (der dies zwar nicht ausdrücklich sagt, aber nicht zwischen Vollzug und Gründungsstadium unterscheidet); Würdiger a.a.O. und Planck a.a.O. Bei den beiden Letztgenannten ist zu beachten, daß sie auch nach Vollzug grundsätzlich Nichtigkeit im Innenverhältnis annehmen.
- 2) So Sandrock : AcP 159, 494.
- 3) Erman S. 35.
- 4) Dazu, daß die Vorschrift daneben auch an dem Gedanken einer im Sinne der Parteien 'richtigen' Regelung orientiert ist, vgl. Erman-Westermann § 139 Anm. 6, Larenz, Allgemeiner Teil, S. 451.

schafter, dessen Erklärung nichtig ist, wie zu zeigen sein wird¹⁾, nicht gleichgültig, ob die Restgesellschaft aufgelöst wird oder weiterbesteht. § 139 BGB paßt in diesem Fall also nicht.

Schließlich ist zu berücksichtigen, daß die Anwendung des § 139 BGB bei der vorliegenden Konstellation dieselbe Wirkung wie ein Ausschluß hätte. Damit würde die Voraussetzung des § 140 HGB, das Vorliegen eines wichtigen Grundes in der Person eines Gesellschafters, umgangen und durch die Existenz eines Nichtigkeitsgrundes in seiner Person ersetzt. Wenn man aber die vollzogene fehlerhafte OHG als wirkliche Gesellschaft behandelt, liegt es näher zu prüfen, ob sich das Ausscheiden des Gesellschafters nicht durch eine entsprechende Anwendung des § 140 HGB erreichen läßt.

§ 139 BGB ist mithin bei Nichtigkeit der Erklärung eines Gesellschafters nach Vollzug der Gesellschaft nicht mehr anwendbar.

Wie bereits angedeutet, hat bei Vertragsfehlern in der Person eines Gesellschafters - solchen Fehlern also, die nur die Erklärung dieses Gesellschafters mangelbehaftet machen - ein Ausschluß dieselbe Wirkung wie die Anwendung des § 139 BGB. Der Fehler wird durch den Ausschluß beseitigt. Dabei ist es unerheblich, ob der Ausschluß - falls dies möglich sein sollte - gerade wegen des Vertragsfehlers oder wegen eines wichtigen Grundes erfolgt. Mit dem Ausscheiden des Gesellschafters fällt der fehlerhafte Teil des Vertrages fort, die Gesellschaft besteht unter den übrigen Gesellschaftern geheilt weiter²⁾.

1) Siehe unten S. 41ff .

2) Die Gesellschaft hat zwar jetzt eine veränderte Zusammensetzung, trotzdem können sich die verbleibenden Gesellschafter natürlich nicht mit dieser Begründung gegen die Weiterführung der OHG wenden. Da alle beim Ausschluß mitwirken müssen, würde ihre spätere Weigerung als ein 'venire contra factum proprium' unbeachtlich sein.

Ein weiteres Mittel der Heilung ist die Umdeutung nichtiger Vertragsbestimmungen nach § 140 HGB.

Leidet der Vertrag an einem Formmangel, so kann die Geltendmachung der Nichtigkeit u.U. mit dem Einwand der unzulässigen Rechtsausübung abgewehrt werden. Ein Rechtsmißbrauch wird grundsätzlich aber nur dann vorliegen, wenn allein der Gesellschafter, der sich auf die Nichtigkeit beruft, die Formbedürftigkeit gekannt hat und gleichwohl den formlosen Abschluß des Vertrages veranlaßt hat.

Ist der Vertrag nur anfechtbar, wird er durch den Verzicht auf das Anfechtungsrecht oder, was materiell dasselbe ist, eine Bestätigung gemäß § 144 BGB geheilt. Praktisch den gleichen Erfolg hat das Verstreichenlassen der nach §§ 121, 124 BGB einzuhaltenden Anfechtungsfristen¹⁾.

Sind an der Gesellschaft beschränkt Geschäftsfähige beteiligt, wird der Vertrag durch die Genehmigung der gesetzlichen Vertreter unter Zustimmung des Vormundschaftsgerichts wirksam.

Jedes Auflösungsbegehren steht schließlich unter einer Beschränkung, die aus der auch die fehlerhafte Gesellschaft beherrschenden Treuepflicht folgt²⁾. Ein Auflösungsrecht besteht danach nicht mehr, wenn der Anfechtungs- oder Nichtigkeitsgrund zur Zeit der Klageerhebung nicht mehr wirksam ist, an der Auflösung also kein schutzwürdiges Interesse mehr besteht³⁾.

In einigen Fällen der besprochenen Heilungsmöglichkeiten könnte zweifelhaft sein, ob die fehlerhafte Gesellschaft mit

-
- 1) Daß die Anfechtungsfristen für die Geltendmachung des Vertragsfehlers beachtet werden müssen, ist h.M. : vgl. z.B. RGZ 165, 206; Haupt-Reinhardt S. 67; Hueck, Recht der OHG, S. 62; Schlegelberger-Geßler § 105 Anm. 62 e; Staudinger-Keßler § 705 Anm. 120; Westermann, Handbuch, RZ 774.
 - 2) Zur Treuepflicht vgl. unten S. 88f . Auf die allgemeinen Grundsätze, die zum Rechtsmißbrauch entwickelt worden sind, braucht nicht zurückgegriffen werden. Die Gewährung der Arglistenrede würde aber wohl zum gleichen Ergebnis führen.
 - 3) H.M. : vgl. S. 18 Note 4
Abweichend nur Brox a.a.O. Er ist der Ansicht, daß auf=

der geheilten identisch ist. Verneint man diese Frage, liegt eine Fortsetzung im eigentlichen Sinne nicht vor; denn wird durch den Heilungsakt die Kontinuität durchbrochen, handelt es sich um eine Neugründung. Dieses Problem zeigt sich besonders deutlich bei einer Neuvernahme des Vertrages. Begrifflich wird hier eine vollkommen neue vertragliche Grundlage geschaffen, so daß man eigentlich auch zum Bestehen einer neuen Gesellschaft gelangen müßte. Es hieße jedoch die begriffliche Konstruktion zu weit treiben, verneinte man hier die Identität. Gleichgeblieben ist das gesellschaftliche Rechtsverhältnis zu Dritten. Auch das Innenverhältnis als Vermögens- und Haftungsgemeinschaft kann als weiterbestehend angesehen werden. Da der fehlerhafte Vertrag in Verbindung mit der tatsächlichen Betätigung stark genug war, ein Gesellschaftsverhältnis zu begründen und zu tragen, wird keine neue Gesellschaft geschaffen, wenn nur zur Beseitigung der Fehler des Vertrages ein neuer Vertrag geschlossen wird. Die alte Gesellschaft wird lediglich auf eine fehlerfreie Grundlage gestellt. Die fehlerhafte und die geheilte Gesellschaft sind also identisch¹⁾.

grund der Einschränkung ein Unterschied zu einer Auflösbarkeit nur aus wichtigem Grund nicht mehr besteht. Die Voraussetzungen des § 133 HGB sind jedoch weitaus strenger.

1) So auch Fischer : NJW 1955, 850

Zweiter Teil (Hauptteil)

Die materiellen Voraussetzungen eines Ausschlusses aus der fehlerhaften OHG

Die bisherige Untersuchung zeigt, daß die fehlerhafte OHG zwar grundsätzlich bereits aufgrund des Vertragsfehlers auflösbar ist, daß aber zahlreiche Heilungsmöglichkeiten bestehen. Dieses Ergebnis bedeutet für die folgende Untersuchung :

Die geheilte Gesellschaft wird uns nur noch am Rande beschäftigen. Kann das Ausschließungsinstitut überhaupt auf die fehlerhafte OHG übertragen werden, ist neben einem Ausschluß zur Sicherung der Liquidation angesichts der Heilungsmöglichkeiten theoretisch auch ein Ausschluß zum Zwecke der Unternehmenserhaltung denkbar.

Der eigenen Untersuchung der Frage, unter welchen Voraussetzungen ein Ausschluß aus der fehlerhaften OHG möglich ist, soll ein Überblick über die Ansichten in Rechtsprechung und Literatur vorausgehen.

A. Die Ansichten in Rechtsprechung und Schrifttum

Eine umfassende Untersuchung des Ausschlußproblems wurde noch nicht veröffentlicht. Die Stellungnahmen im Schrifttum sind zumeist nur kurz, oft ohne Begründung und wenig differenziert.

Die Rechtsprechung brauchte sich, soweit ersichtlich, mit der Frage lange Zeit nicht zu beschäftigen. In einem Urteil vom 30.3.1967 hat sich der Bundesgerichtshof zum ersten Mal mit ihr auseinandergesetzt¹⁾. Eine frühere Entscheidung des Bundesgerichtshofes²⁾ und eine unveröffentlichte Entscheidung des OLG München werden in diesem Zusammenhang irrtümlich herangezogen.

1) BGHZ 47, 293 (300)=NJW 1967, 1961 (1963).

2) BGHZ 10, 44 (50).

Die verschiedenen Meinungen können in drei Gruppen aufgeteilt werden. Die erste verneint die Möglichkeit eines Ausschlusses, die zweite läßt ihn nur zu, wenn ein wichtiger Grund i.S. des § 133 HGB vorliegt, und die dritte Gruppe schließlich fordert für den Ausschluß lediglich die Existenz eines Vertragsfehlers in der Person eines Gesellschafters.

I. Kein Ausschluß möglich

Die Frage, ob man das Ausschließungsinstitut auf die fehlerhafte OHG übertragen kann, stellte sich erst, als die Anfechtungs- und Nichtigkeitsbestimmungen des BGB auch für das Innenverhältnis eingeschränkt wurden; denn solange man unter den Beteiligten keine gesellschaftsrechtlichen Beziehungen anerkennt, sondern aufgrund der rückwirkenden Nichtigkeit von einer Vielzahl gegenseitiger bereicherungsrechtlicher und dinglicher Ansprüche ausgeht, ist ein Ausschluß nicht denkbar, da kein Gebilde existiert, aus dem er erfolgen könnte.

In der Entscheidung vom 13.11.1940¹⁾ hat das Reichsgericht die rückwirkende Vernichtung und die von Anfang an, ipso iure wirkende Nichtigkeit ausdrücklich auch für das Innenverhältnis der Gesellschaft abgelehnt²⁾. An bedeutenderen Abhandlungen, die dieselbe Frage behandelten, erschienen vor dieser Entscheidung die Arbeiten von Lobedanz³⁾ und Siebert⁴⁾. Erst seit dieser Zeit stellte sich also theoretisch das Ausschlußproblem. Vorher begnügte man sich mit dem Hinweis, daß die Anwendung des § 140 HGB eine entstandene OHG, d.h. einen

1) RGZ 165, 193.

2) Das war für das Außenverhältnis schon länger anerkannt, vgl. RG JW 1933, 1996; RGZ 141, 115, 142, 198.

3) Der Einfluß von Willensmängeln auf Gründungs- und Beitrittsgeschäfte, 1938.

4) Die faktische Gesellschaft, 1938.

wirksamen Gesellschaftsvertrag voraussetze¹⁾.

Seither findet sich keine Stimme mehr, die eine Anwendbarkeit der §§ 140, 142 HGB bei der fehlerhaften OHG insgesamt ablehnt. Fischer zitiert zwar in seinem Aufsatz "Die faktische Gesellschaft"²⁾ ein unveröffentlichtes Urteil des OLG München³⁾, in dem das Gericht die Ansicht vertreten habe, daß eine Übernahme=klage bei der fehlerhaften OHG ausgeschlossen sei. Diese Ansicht kann der Entscheidung jedoch nicht entnommen werden, man kann im Gegenteil davon ausgehen, daß das Gericht die Übernahme=klage für grundsätzlich möglich hielt.

Die hier interessierenden Sätze des Urteils lauten⁴⁾ : "Die (vom Beklagten) behauptete Nichtigkeit des Gesellschaftsvertrages wegen Verstoßes gegen die guten Sitten durch den Kläger bildet ... die Voraussetzung für eine Geschäftsübernahme durch den Beklagten gemäß §§ 142, 140, 133 HGB. Das Vorliegen von Ausschließungsgründen auf der Seite des Klägers selbst steht aber seinem gegen den Beklagten gerichteten Ausschließungsbegehren entgegen".

Nicht, wie Fischer meint, wegen der Vertragsnichtigkeit an sich soll hier das Übernahmebegehren des Klägers nicht durchdringen, sondern weil das der Nichtigkeit zugrunde liegende wucherische Verhalten des Klägers einen selbständigen Übernahmegrund, einen wichtigen Grund, für den Beklagten bildet. Es handelt sich also um das allgemeine Problem, daß eine Übernahmeklage u.U. nicht durchdringt, wenn sich der klagende Gesellschafter selbst treuwidrig verhalten hat⁵⁾. Das Gericht

1) Vgl. z.B. Amecke-Mönnighoff S.6; Koenige § 140 Anm.1; Staub-Pinner § 140 Anm. 1; OLG Hamm OLGR 44, 199.

2) NJW 1955, 852 Note 26.

3) Urteil vom 2.9.1954 -6U 565/53-.

4) Das Gericht hatte eine Zwischenfeststellungsklage des Übernahmebeklagten zu entscheiden, mit der er widerklagend beantragte, die Nichtigkeit des Gesellschaftsvertrages festzustellen.

5) Vgl. Hueck, Recht der OHG, S. 322; JW 1925, 245; RGZ 153, 279; RG DR 1942, 733; BGHZ 4, 111.

hält also grundsätzlich eine Übernahmeklage bei einer fehlerhaften OHG für möglich.

II. Wichtiger Grund als Ausschlußgrund

Ein Teil des Schrifttums bejaht die entsprechende Anwendung der §§ 140, 142 HGB bei der Gesellschaft auf fehlerhafter Vertragsgrundlage für den Fall des wichtigen Grundes in der Person eines Gesellschafters¹⁾. Dabei soll der wichtige Grund sowohl in der schuldhaften Verursachung des Vertragsfehlers wie in einem später eintretenden Umstand liegen können²⁾. Daß ein Vertragsfehler in der Person eines Gesellschafters keinen Ausschlußgrund bilden kann, wird von den meisten nicht ausdrücklich erwähnt. Lediglich Hueck und Geßler gehen auf die Frage ein, begründen aber ihre Entscheidung nicht.

In keiner Stellungnahme wird die analoge Anwendung der Ausschlußbestimmungen als problematisch angesehen. Fischer und Gudénas untersuchen speziell die Ex stenz von Treupflichten im Hinblick auf die Möglichkeit eines wichtigen Grundes³⁾. Beide bejahen sie, so daß hieraus keine Bedenken gegen die Zulässigkeit der Klage hergeleitet werden. Fischer, Hueck und Westermann betonen jedoch, daß bei der Beurteilung eines geltend gemachten Ausschlüßungs- oder Übernahmegrundes auch die Tatsache berücksichtigt werden muß, daß es sich um eine rechtlich fehlerhafte Gesellschaft handelt. Das Vorhandensein des Anfechtungs- oder Nichtigkeitsgrundes soll mit anderen Worten die Pflichtverletzung in einem milderen Licht erscheinen lassen.

-
- 1) Hueck, a.a.O. S.,62; Schlegelberger-Geßler § 105 Anm. 62d; Weipert § 105 Anm. 81, §.140 Anm. 33; Westermann, Handbuch, RZ 771; Fischer : NJW 1955,852; NJW 1958,969; Gudénas S.32ff; Schmitz S.30, 41.
 - 2) So ausdrücklich Hueck a.a.O. Westermann a.a.O.
 - 3) Vgl. unten S. 88f .

Die letztgenannten Autoren gehen auch auf die Rechtsfolge der Ausschließung auf Seiten der verbleibenden Gesellschafter ein, der Anwachsung des Gesellschaftsvermögens gemäß § 738 BGB. Sie weisen darauf hin, daß Voraussetzung hierfür bei der fehlerfreien OHG die Existenz von Gesamthandsvermögen sei. Da ein solches auch bei der fehlerhaften OHG vorhanden sei, sei die Anwendung der §§ 140, 142 HGB auch im Hinblick auf die Rechtsfolge¹⁾ unbedenklich.

Inwieweit beide Zwecke des Ausschließungsinstitutes auch bei einem Ausschluß aus der fehlerhaften OHG maßgebend sind, geht aus den meisten Stellungnahmen nicht deutlich hervor. Fischer u.a. wollen den Ausschluß zur Verfolgung beider Zwecke zulassen; Gudénas betont hingegen allein den Unternehmensschutzzweck : durch Anwendung des Ausschließungsinstituts soll das angefangene Unternehmen vor dem Zusammenbruch bewahrt werden²⁾.

In seiner Entscheidung vom 30.3.1967³⁾ hat der BGH die Möglichkeit einer Geschäftsübernahme für den Fall bejaht, daß ein Vertragspartner den anderen nur durch arglistige Täuschung oder widerrechtliche Drohung zum Abschluß des Gesellschaftsvertrages veranlaßt hat. Dabei beschäftigt sich das Gericht hauptsächlich mit der Frage, ob in diesem speziellen Fall statt der Klage eine rechtsgestaltende Übernahmeerklärung zugelassen werden kann⁴⁾. Zum Bestehen des Übernahmerechtes sagt der BGH nur wenige Sätze. Er führt aus, daß dem anfechtenden Gesellschafter im allgemeinen nur die Auflösungsklage nach § 133 HGB zur Verfügung stehe. Beruhe die Anfechtung auf Täuschung oder Drohung, so könnten besonders schutzwürdige Belange des Betroffenen es aber rechtfertigen, ihm die Übernahmeklage als Rechtsbehelf zu geben. In einem solchen Fall könne es dem Kläger nicht zugemutet werden, sich mit der Auflösungsklage zu begnügen, die möglicherweise zur Versilberung des Unternehmens führen würde.

1) Vgl. unten S. 142ff .

2) Gudénas S. 36.

3) BGHZ 47, 293 (300).

Die Besonderheit des entschiedenen Falles besteht darin, daß der Übernahmegrund in der Verursachung des Vertragsfehlers liegt. Inwieweit auch bei einem wichtigen Grund, der unabhängig vom Vertragsfehler entstanden ist, eine Übernahme bzw. ein Ausschluß möglich sein soll, geht aus der Entscheidung nicht hervor. Die Herleitung des Übernahmerechts aus Zumutbarkeits= erwägungen läßt allerdings vermuten, daß der BGH die analoge Anwendung der §§ 140, 142 HGB nicht als selbstverständlich ansieht.

III. Vertragsfehler in der Person eines Gesellschafters als Ausschlußgrund

Eine Reihe von Autoren fordert für den Ausschluß aus einer fehlerhaften OHG lediglich das Vorliegen eines Vertragsfehlers in der Person eines Gesellschafters¹⁾. Nach dieser Meinung steht also der personengebundene Vertragsfehler bei der fehlerhaften OHG neben dem wichtigen Grund i.S. der §§ 133, 140, 142 HGB als neuer selbständiger Ausschlußgrund. Die Ausschliefung wird somit erleichtert.

Die oben getroffene Unterscheidung²⁾ innerhalb der Gruppe der Gesellschafter, in deren Person der Vertragsfehler eingetreten ist, also zwischen dem Gesellschafter, dessen Erklärung fehlerhaft ist und dem, der diese Fehlerhaftigkeit verursacht hat, wird nur von Ganssmüller und Baedeker gemacht.

Ganssmüller will grundsätzlich in beiden Fällen eine Ausschluß- oder Übernahmeklage zulassen³⁾. Speziell nennt er dabei auf der einen Seite für den Fall des Irrtums nach § 119 BGB die

1) Ganssmüller : DB 1955, 257 (260); NJW 1955, 1068; GmbHR 1955, 172; Staudinger-Keßler § 705 Anm. 119; Baumbach-Duden § 105 Anm. 8H; Baedeker S.30; Stadler S. 149.

2) Siehe oben S. 3 .

3) GmbHR 1955, 176 Note 21.

Person des Irrenden und für die Tatbestände der §§ 123, 138 BGB auf der anderen Seite die Person dessen, der täuscht, droht oder bewuchert¹⁾). Ausschließen will er von dieser Regelung jedoch den Geschäftsunfähigen und beschränkt Geschäftsfähigen, den Getäuschten, Bedrohten und Bewucherten, weil ein Ausschluß in diesen Fällen dem Schutzgedanken der Gesetzesbestimmungen zuwiderliefe²⁾.

Baedeker verwendet den Gedanken der Risikozurechnung als Maßstab der Entscheidung für oder gegen die Möglichkeit des Ausschlusses. Nur wenn die übrigen Gesellschafter unverschuldet in die Zwangslage der Auflösung gedrängt sind, haben sie das Ausschließungsrecht. Das bedeutet im einzelnen :

Weigert sich der Gesellschafter, der sich gemäß § 119 BGB bei Abschluß des Vertrages geirrt hat, oder derjenige, der getäuscht worden ist, die Gesellschaft fortzusetzen, so können sie u.U. ausgeschlossen werden³⁾.

Beim Geschäftsunfähigen und beschränkt Geschäftsfähigen differenziert Baedeker⁴⁾. Nur wenn der Vertragsfehler für die übrigen Beteiligten unerkennbar war, soll ein Ausschluß möglich sein.

Der Täuschende schließlich, als Verursacher des Vertragsfehlers, soll immer ausgeschlossen werden können⁵⁾.

1) GmbHR 1955 a.a.O.; DB 1955, 260.

In diesen Fällen wird zwar in aller Regel gleichzeitig ein wichtiger Grund i.S. des § 133 HGB vorliegen, das braucht aber nicht unbedingt so zu sein. Ganssmüller sieht die Ausschlußmöglichkeit jedoch nicht nur für die Fälle als gegeben an, in denen die Täuschung die Stärke des wichtigen Grundes erreicht. Das ergibt sich aus dem Zusammenhang, in dem er die Frage erörtert. Sollte der Ausschluß nur bei Vorliegen eines wichtigen Grundes zulässig sein, so wäre die Einordnung dieser Fälle unter dem Begriff 'Vertragsfehler' unnötig und irreführend, da er hier neben dem Begriff des wichtigen Grundes keine Funktion erfüllen kann.

2) NJW 1955, 1068.

3) Baedeker S.43, 59.

4) Baedeker S.30, 37.

5) Baedeker S.59.

Duden, Keßler und Stadler gehen nicht auf Einzelfälle ein, differenzieren auch nicht in obiger Weise, sondern begnügen sich mit dem Hinweis, daß der Vertragsfehler, liege er in der Person eines Gesellschafters, zum Ausschluß des betreffenden Gesellschafters berechtige. Alle berufen sich dabei auf eine Entscheidung des Bundesgerichtshofes vom 13.5.1953¹⁾. Dem Urteil kann für die hier interessierende Frage jedoch nichts entnommen werden. Ihm lag folgender Sachverhalt zugrunde :

X war als Treuhänder der V-GmbH Komplementär der Y-KG. Gesellschafter war im Verhältnis V-GmbH - X nur der X. Mit Kriegsende wurde die V-GmbH aufgrund Besatzungsrechts mit ex-nunc-Wirkung vernichtet. Die Existenz des Treuhandverhältnisses war Geschäftsgrundlage für die Gesellschafterstellung des X. Der Bundesgerichtshof hatte die Frage zu entscheiden, ob X automatisch mit der Vernichtung der V-GmbH aus der KG ausgeschieden war (so das Berufungsgericht). Das Gericht stellte sich auf den Standpunkt, daß eine Ausschlußklage notwendig sei. Es führte aus :

Die Anwendung der Grundsätze vom Wegfall der Geschäftsgrundlage auf einen Gesellschaftsvertrag sei nicht von vorneherein ausgeschlossen, doch müßten ihre Rechtswirkungen dem Gesellschaftsrecht angepaßt werden. So könne der betroffene Gesellschafter nicht entgegen der Vorschrift des § 140 HGB unmittelbar seine Stellung verlieren. Das Gericht fährt wörtlich fort :

"Soweit sich im einzelnen Fall der Wegfall der Geschäftsgrundlage ..., etwa bei Eintritt eines Gesellschafters in eine bestehende Gesellschaft, auf einen einzelnen Gesellschafter beschränkt, so kann die Wirkung nur darin bestehen, daß die übrigen Gesellschafter ein sofortiges Ausschließungsrecht gegenüber dem betreffenden Gesellschafter erhalten ... Es müssen insoweit dieselben Grundsätze gelten, wie sie bei der sogenannten faktischen Gesellschaft für die Geltendmachung eines Anfechtungs- oder Nichtigkeitsgrundes in der Rechtsprechung entwickelt worden sind".

1) BGHZ 10, 44 (50).

Auf diesen letzten Satz stützen sich die genannten Autoren; allerdings zu Unrecht, denn das Urteil enthält nichts zu der Frage, ob ein Vertragsfehler in der Person eines Gesellschafters ein Ausschlußgrund ist. Der Bundesgerichtshof setzt nicht Vertragsfehler und Wegfall der Geschäftsgrundlage materiell gleich, er geht vielmehr zu Recht davon aus, daß der Wegfall der Geschäftsgrundlage hier einen wichtigen Grund i.S. des § 140 HGB darstellt¹⁾. Diese Gleichsetzung wäre nur dann erfolgt, wenn das Gericht von der Auflösbarkeit der fehlerhaften OHG bei Vorliegen eines Anfechtungs- oder Nichtigkeitsgrundes auf die Berechtigung zum Ausschluß in diesem Fall geschlossen hätte. Die Beziehung zur fehlerhaften Gesellschaft beschränkt sich also auf die rechtstechnische Seite, d.h. auf die Frage, wie ein Vertragsfehler bei ihr geltend zu machen ist. Das ist aber scharf zu trennen von der Frage der Berechtigung zur Auflösung.

B. Grundsätzliche Anwendbarkeit der Ausschlußklage bei der fehlerhaften OHG

Wie die Übersicht zeigt, wird heute die grundsätzliche Anwendbarkeit der Ausschluß- und Übernahmeklage im Rahmen der fehlerhaften OHG allgemein bejaht. Streitig ist im wesentlichen nur, ob das Erfordernis des wichtigen Grundes in der Person des Gesellschafters durch das Vorliegen eines Vertragsfehlers in seiner Person ersetzt werden kann.

Daß eine Ausschlußklage - unter welchen Voraussetzungen auch immer - bei der fehlerhaften OHG grundsätzlich möglich sein muß, kann eigentlich nicht zweifelhaft sein. Die Ausschlußklage als Reaktion der Gemeinschaft gegenüber einem kranken

1) Die Fälle, die man begrifflich dem Wegfall der Geschäftsgrundlage zurechnen könnte, werden alle durch die Institute der Auflösung und des Ausschlusses aus wichtigem Grund erfaßt. Der Fall wurde also unnötig kompliziert. Vgl. auch Hueck, Recht der OHG, S. 40 und S. 322 Note 4.

Glied hat auch und gerade¹⁾ bei der fehlerhaften Gesellschaft eine Funktion, da diese weitgehend der fehlerfreien Gesellschaft gleichgestellt ist. Wenn bei einem fehlgeschlagenen Vertragsschluß das Bestehen eines Gesellschaftsverhältnisses anerkannt wird, müssen konsequenterweise auch die Mittel zur Verfügung gestellt werden, die zum Schutz der Gemeinschaft geschaffen worden sind.

Zwei Sätze in der Entscheidung des Bundesgerichtshofes, in der er sich mit der Übernahmeklage bei der fehlerhaften OHG beschäftigt²⁾, erwecken allerdings den Eindruck, als sehe das Gericht in der Zuerkennung dieses Rechtsbehelfs einen Ausnahmefall.

Die Sätze lauten : "Im allgemeinen steht dem anfechtenden Gesellschafter nur die Auflösungsklage nach § 133 HGB zur Verfügung. Beruht die Anfechtung auf Täuschung oder Drohung, so können besonders schutzwerte Belange des Betroffenen es aber rechtfertigen, ihm einen anderen Rechtsbehelf (- die Übernahmeklage -) zu geben".

Sollte das Gericht der oben angedeuteten Ansicht sein, so kann ihm nicht zugestimmt werden. Die Schutzwürdigkeit der Gemeinschaft bzw. des anderen Gesellschafters ist zwar Voraussetzung für das Bestehen des Ausschlußrechtes im Einzelfall, nur dann besteht ein Ausschlußgrund, nicht aber wird das im Rahmen der fehlerhaften OHG grundsätzlich unanwendbare Ausschlußinstitut durch die Feststellung der Schutzwürdigkeit erst anwendbar³⁾.

-
- 1) Dies im Hinblick auf die Fälle der arglistigen Täuschung usw. in denen das Bedürfnis nach einer Ausschlußmöglichkeit begreiflicherweise besonders groß ist.
 - 2) Siehe oben S. 31 Note 3.
 - 3) Wenn man an die zur Bejahung der Anwendbarkeit führende Schutzwürdigkeit und an die für das Bestehen des Ausschlußrechtes erforderliche Schutzwürdigkeit die gleichen Anforderungen stellt - was wenig sinnvoll wäre - würde lediglich in der dogmatischen Konstruktion, nicht aber im praktischen Ergebnis ein Unterschied bestehen.

C. Vertragsfehler in der Person eines Gesellschafters als Ausschlußgrund

Innerhalb der Untersuchung der Ausschlußgründe soll zunächst geprüft werden, ob ein Vertragsfehler in der Person eines Gesellschafters zu seinem Ausschluß berechtigt. Diese Frage wird vorgezogen¹⁾ behandelt, da sich, wird sie bejaht, weitreichende Auswirkungen auf die Ausschließbarkeit aus wichtigem Grund ergeben.

I. Person des fehlerhaft Erklärenden

Die Untersuchung wird zunächst auf die Person des Gesellschafters beschränkt, dessen Gründungserklärung fehlerhaft ist. Obwohl sich die in Betracht kommenden Vertragsfehler - §§ 118, 119, 123 BGB, bestimmte Fälle des § 138 BGB, mangelnde Geschäftsfähigkeit eines Beteiligten und Verletzung gewisser Formgebote - in ihren Schutzgedanken unterscheiden, braucht hier noch nicht nach den einzelnen Fehlern differenziert zu werden²⁾. Eine Unterscheidung wird nur dann notwendig, wenn ein Ausschluß grundsätzlich möglich ist.

1. Möglicher Ausschlußzweck und praktischer Unterschied gegenüber einer Auflösung aus wichtigem Grund

Welchem Zweck könnte ein Ausschluß aufgrund eines Vertragsfehlers dienen, d.h. besteht überhaupt ein Bedürfnis für eine derartige Erweiterung der Ausschließbarkeit ?

1) Da hier ein Fall doppelter Analogie vorliegt, müßte er nach allgemeinen methodischen Grundsätzen eigentlich nach Untersuchung der einfachen Analogie - unveränderte Übertragung der §§ 140, 142 HGB auf die fehlerhafte OHG - geprüft werden.

2) Ausgeklammert soll im folgenden zunächst nur der Fall der Beteiligung eines Nicht-Geschäftsfähigen werden, da hier zahlreiche Besonderheiten bestehen. Als Ausschlußgründe kommen im Ergebnis auch wohl nur die Tatbestände der §§ 118, 119 BGB in Betracht, da ein Ausschluß in den übrigen Fällen wahrscheinlich den Schutzgedanken der Gesetzesbestimmungen zuwiderliefe.

Nach dem im ersten Teil der Untersuchung gewonnenen Ergebnis hat allein der fehlerhaft erklärende Gesellschafter, der benachteiligte Gesellschafter¹⁾, das Recht, die Gesellschaft aufzulösen. Davon ausgehend sind drei Fallkonstellationen denkbar :

1. Der benachteiligte Gesellschafter betreibt die Auflösung nicht, er ist mit der Fortsetzung der Gesellschaft einverstanden.
2. Der benachteiligte Gesellschafter will die Gesellschaft auflösen;
 - a) die übrigen Gesellschafter sind mit der Auflösung einverstanden,
 - b) die übrigen Gesellschafter wollen die Gesellschaft fortsetzen.

Im ersten Fall ist ein Ausschluß nicht möglich. Da der benachteiligte Gesellschafter mit der Fortsetzung der Gesellschaft einverstanden ist, ist die Erhaltung des Unternehmens - nur dieser Ausschlußzweck kommt in Betracht - gesichert. Das gilt auch für die Zukunft : Der benachteiligte Gesellschafter kann bei einem Sinneswandel eine Auflösungsklage nicht mehr auf den Vertragsfehler stützen, da der Vertrag geheilt ist²⁾.

Auch im Fall 2a) kann der Gesellschafter nicht ausgeschlossen werden. Die Liquidation der Gesellschaft kann allein durch die Existenz des Vertragsfehlers in der Person des Gesellschafters nicht gefährdet oder gestört werden. Es ist zwar u.U. notwendig, die fehlerhaften Teile des Vertrages zu berichtigen³⁾; doch ist aus dieser eine ordnungsgemäße Liquidation erst gewährleistenden Maßnahme, selbst wenn sie

-
- 1) Die Bezeichnung 'benachteiligter Gesellschafter' wurde gewählt, weil der fehlerhaft Erklärende durch die tatsächliche Vertragsgestaltung benachteiligt wird.
 - 2) Der Vertrag wird entweder erneut abgeschlossen oder gemäß § 144 BGB bestätigt worden sein. Sollte ausnahmsweise keine von beiden Alternativen vorliegen, wird das Auflösungsbegehren in aller Regel treuwidrig sein.
 - 3) Siehe unten S. 85ff .

manchmal schwierig und lästig ist, kein Ausschlußgrund abzuleiten. Für einen möglichen Ausschluß bleibt also nur der Fall 2b)¹⁾ Hier hätte der Ausschluß eine Funktion, da er zur Erhaltung des Unternehmens führen würde. Steht den übrigen Gesellschaftern aufgrund des Vertragsfehlers ein Ausschlußrecht zu, werden sich die Beteiligten in vielen Fällen gütlich über das Ausscheiden des benachteiligten Gesellschafters unter Fortbestehen der Gesellschaft einigen. Erhebt der benachteiligte Gesellschafter jedoch die Auflösungsklage²⁾, haben die übrigen Gesellschafter die Möglichkeit, widerklagend seinen Ausschluß zu beantragen. Die Auflösungsklage müßte dann abgewiesen werden. Die Geltendmachung des Ausschlußrechtes wäre gleichsam ein negatives Tatbestandsmerkmal des Auflösungsrechtes. Es wäre zwar theoretisch möglich, aber wenig sinnvoll, beiden Klagen stattzugeben. Nach dem Ausschluß könnten die verbleibenden Gesellschafter sofort ohne Zustimmung des ausgeschlossenen Gesellschafters die Fortsetzung der Gesellschaft vereinbaren. Da der Fortsetzungswille bereits in der Erhebung der Ausschlußklage zum Ausdruck kommt, wäre dies jedoch ein durch nichts gerechtfertigter Umweg.

Gegen eine eigenständige Funktion des Ausschlußrechtes aufgrund eines Vertragsfehlers scheint noch folgendes zu sprechen: Wenn der benachteiligte Gesellschafter zunächst die Befugnis zur Auflösung hat, die übrigen Gesellschafter aber aufgrund desselben Tatbestandes, des Vertragsfehlers, ein Ausschlußrecht haben, wird dem benachteiligten Gesellschafter das Auflösungsrecht im Ergebnis wieder entzogen. Es fragt

-
- 1) Die Vertreter der Meinung, die einen Ausschluß lediglich aufgrund des Vertragsfehlers zulassen wollen, müßten also in dieser Weise differenzieren. Ähnlich wie hier unterscheidet jedoch nur Baedeker, vgl. oben S. 33.
 - 2) Nach der Meinung, die eine Auflösung der fehlerhaften Gesellschaft nur aus wichtigem Grund zuläßt, besteht, soweit der Vertragsfehler nicht die Stärke eines wichtigen Grundes erreicht, kein Bedürfnis, den benachteiligten Gesellschafter auszuschließen, da er die Fortsetzung nicht verhindern kann.

sich nun, ob es dann nicht konsequenter ist, von vornherein nur eine Auflösung aus wichtigem Grund zuzulassen.

Dieses mögliche Bedenken ist jedoch unbegründet. Bei der hier untersuchten Konstruktion bleibt der Vertragsfehler als Auflösungsgrund im vollen Umfang in jenen Fällen wirksam, in denen er nicht in der Person eines Gesellschafters liegt. In den übrigen Fällen kann der benachteiligte Gesellschafter zwar bei einem entsprechenden Willen der anderen Gesellschaft nicht die gesamte Gesellschaft auflösen. Er kann sich aber wenigstens aus dem Gesellschaftsverband lösen, indem er durch die Erhebung der Auflösungsklage oder eine entsprechende Drohung seine Mitgesellschafter zwingt, seinen Ausschuß herbeizuführen, bzw. seinem Austritt zuzustimmen¹⁾. Diese Möglichkeit hat er i.d.R. nicht, wenn ein wichtiger Grund zur Auflösung erforderlich ist²⁾.

2. Interessenlage³⁾

Bevor geprüft wird, ob sich die für die gesetzliche Wertung in den §§ 140, 142 HGB maßgebenden Merkmale auch bei Vorliegen eines Vertragsfehlers in der Person eines Gesellschafters

- 1) Die Kombination von Auflösungsrecht in der Hand des benachteiligten Gesellschafters und Ausschußrecht in der Hand der übrigen Gesellschafter ähnelt damit im Ergebnis einem Austrittsrecht des benachteiligten Gesellschafters oder, anders ausgedrückt, einem Kündigungsrecht in Bezug auf seine Beteiligung.
- 2) Man kann dem nicht entgegenhalten, die übrigen Gesellschafter würden in diesem Fall einem gewünschten Ausscheiden ohne weiteres zustimmen. Es gibt eine Reihe von Gründen, die es ausschließen, daß ein solches einverständliches Ausscheiden den Regelfall bildet:
 1. Die Gesellschafter können das Abfindungsguthaben wegen mangelnder Liquidität nicht aufbringen,
 2. der Gesellschafter ist wegen seiner besonderen Kenntnisse und Fähigkeiten, seiner Geschäftsverbindungen, seines Kredits etc. in der Gesellschaft unentbehrlich,
 3. die Gesellschafter fürchten die Konkurrenz des Ausgeschiedenen.Diese Gründe ließen sich noch vermehren.
- 3) Unter dem Begriff des Interesses werden hier mit Westermann die "Begehrensvorstellungen" verstanden, die die Beteiligten haben oder besser haben müssen, wenn sie die ihnen günstigste Rechtsfolge anstreben. Davon zu trennen

finden¹⁾, müssen die beiderseitigen Interessenpositionen offengelegt werden.

a) Interesse der ausschlußbegehrenden Gesellschafter

Da sich der Mangel der vertraglichen Grundlage des Unternehmsträgers Gesellschaft in aller Regel nicht in der Weise auf das Unternehmen selbst auswirkt, daß eine Liquidation wirtschaftlich immer vernünftig wäre, ist das Interesse der ausschlußbegehrenden Gesellschafter, und der Allgemeinheit, auf die Erhaltung der Gesellschaft und damit des Unternehmens gerichtet.

b) Interesse des auszuschließenden Gesellschafters

Um die Interessenposition des benachteiligten Gesellschafters offenzulegen, muß der Unterschied zwischen der Stellung eines Gesellschafters bei einer Teilnahme an der Liquidation der OHG und seiner Stellung bei einem Ausschluß unter Fortbestehen der OHG bzw. des Unternehmens aufgezeigt werden. Unterschiede könnten einmal auf vermögensrechtlichem Gebiet bestehen. Außerdem ist es möglich, daß der Ausschluß seinem Wesen nach eine Privatstrafe ist, so daß sich auch auf ideellem Gebiet Unterschiede ergeben könnten.

a1) Vermögensrechtliche Seite

a2) Abfindungsguthaben - Liquidationsguthaben²⁾

Gemäß § 105/ II HGB, § 738/I/2 BGB haben die übrigen Gesellschafter dem Ausscheidenden dasjenige zu zahlen, was er bei der Auseinandersetzung erhalten würde, wenn die Gesellschaft

sind die Bewertungsmaßstäbe, die, selbst keine Interessen, die gesetzliche Entscheidung tragen. Vgl. Westermann, Streitentscheidung, S. 14ff : Interessenkollisionen, S.4ff.

- 1) Zu den Voraussetzungen eines Analogieschlusses s. Engisch S. 134ff (143, 144); Larenz, Methodenlehre, S. 287ff und unten S. 54.
- 2) Vgl. zum folgenden Schmalenbach S. 28ff; Schwarze S. 11; Hartmann S. 114ff; Gieseke : ZAkDR 1942, 72.

zur Zeit seines Ausscheidens aufgelöst worden wäre. Nach dem Willen des Gesetzes soll der Ausscheidende also im Hinblick auf sein Abfindungsguthaben nicht schlechter gestellt werden als bei einer Teilnahme an der Liquidation. Entscheidend ist jedoch die Berechnung der Abfindung in der Praxis¹⁾.

Das Abfindungsguthaben soll den wirklichen Wert des Kapitalanteils des Gesellschafters zur Zeit der Klageerhebung, § 140/ II HGB, verkörpern. Deshalb darf nicht das fortgeschriebene Kapitalkonto des Ausscheidenden zugrunde gelegt werden, da der wirkliche Stand des Gesellschaftsvermögens und dementsprechend auch die kapitalmäßige Beteiligung des Gesellschafters höher sein kann. Es ist eine Vermögensbilanz aufzustellen. In ihr ist zunächst der Substanzwert des Unternehmens festzustellen. Dazu sind die offenen Reserven aufzulösen und alle Aktiva mit ihrem wahren Wert einzusetzen; so werden auch die durch Unterbewertung von Aktiven und Überbewertung von Passiven entstandenen stillen Reserven aufgelöst.

Bei der Bewertung des einzelnen Gegenstandes ist nicht von seinem Veräußerungswert, also davon auszugehen, was er losgelöst vom Unternehmen beim Verkauf erbringen würde; maßgebend ist vielmehr der Wert, den der Gegenstand im Rahmen des fortzuführenden Unternehmens hat²⁾. Dieser Wert wird durch den Wiederbeschaffungspreis verkörpert. Da er bei der Liquidation i.d.R. nur realisiert werden kann, wenn das Unternehmen als Ganzes veräußert wird, ergibt sich hieraus eine potentielle wirtschaftliche Besserstellung des Ausscheidenden gegenüber einer Teilnahme an der Liquidation. Dieser Wert=

1) Auf die in der Praxis immer wieder auftretenden Schwierigkeiten bei der Berechnung des Abfindungsguthabens weist Fischer in einer Anmerkung zu BGH LM Nr. 1 zu § 138 HGB hin.

Die im folgenden dargestellte Methode zur Berechnung des Unternehmenswertes (Substanzwert + Firmenwert = Unternehmenswert) ist nicht die einzig mögliche. Man kann vereinbaren, daß als Unternehmenswert der Ertragswert zugrunde gelegt wird. In der Praxis wird der Gesamtwert der Unternehmung häufig aus dem arithmetischen Mittel zwischen Ertrags- und Substanzwert gebildet. sog. Mittelwertverfahren, vgl. UEC-Richtlinien, S. 22.

2) H.M., vgl. RGZ 94, 106; RG LZ 1929, 1340; BGHZ 17, 136 Hueck, Recht der OHG, S. 333.

ansatz in der Abschichtungsbilanz steht nicht im Widerspruch zu § 738 BGB, denn aus dieser Vorschrift ist nicht zu folgen, daß ein Vermögensbestandteil, der möglicherweise bei der Liquidation der Gesellschaft untergehen könnte, den übrigen Gesellschaftern ohne Beteiligung des Ausscheidenden verbleibt¹⁾. Da ja feststeht, daß die übrigen Gesellschafter das Unternehmen fortsetzen, gehört der den Verkaufswert übersteigende Geschäftswert des Gegenstandes weiterhin zum Gesellschaftsvermögen. Er verbleibt also den übrigen Gesellschaftern. Die Berechnung des Guthabens des Ausscheidenden erfolgt aber unter Zugrundelegung des gesamten Geschäftsvermögens²⁾. Wenn man die Verbindung zu § 738 BGB herstellen will, so kann man sagen, daß das Gesetz die vorteilhafteste Verwertung des Gesellschaftsvermögens in der Liquidation fingiert, um eventuelle Benachteiligungen zu vermeiden. Vorteilhafteste Verwertung bedeutet bei lebensfähigen Unternehmen aber ihre Veräußerung als Einheit.

Der auf diese Weise festgestellte Substanzwert des Unternehmens entspricht jedoch nicht dem gesamten Unternehmenswert. Unberücksichtigt ist dabei der innere Geschäftswert oder Goodwill des Unternehmens geblieben, der oft den entscheidenden Anteil seines Gesamtwertes ausmacht³⁾. An diesem Mehrwert muß der Ausscheidende gemäß dem Gewinnverteilungsschlüssel beteiligt werden⁴⁾. Seine Berücksichtigung läßt sich mit den

1) OLG Hamburg OLGR 19, 313; Hueck a.a.O.

2) RGZ 94, 106.

3) Der Goodwill läßt sich in fünf verschiedene Komponenten aufgliedern :

1. Originärer Goodwill, d.h. die Organisation des Unternehmens
2. Wert der Geschäftsbeziehungen
3. Wert eines privilegierten Standortes
4. Ruf und Marktstellung der Fa (Werbeaufwendungen)
5. Aufwendungen für die Verfügung über ausgebildete Arbeitskräfte

Vgl. UEC-Richtlinien, S. 39ff. In der Praxis wird der Goodwill nach der sogen. indirekten Methode festgestellt, wonach sich der Firmenwert als Differenz zwischen Substanz- und Ertragswert ergibt; siehe z.B. RGZ 167, 260, BGHZ 17, 136; UEC-Richtlinien, S.22. Bei "normalem Ertrag" stimmen beide überein. Dies gilt auch dann, wenn das Unternehmen mit Verlust arbeitet.

4) RGZ 106, 131; RG JW 1936, 3118; BGHZ 17, 136.

gleichen Gründen rechtfertigen, nach denen die einzelnen Vermögensgegenstände mit ihrem lebenden Geschäftswert veranschlagt werden. Der Goodwill gehört zum Gesellschaftsvermögen, der Ausscheidende war deshalb auch vorher daran beteiligt^{1) 2)}.

Hieraus ergibt sich ein weiterer potentieller wirtschaftlicher Vorteil für den Ausscheidenden, da der innere Geschäftswert nur bei einer Gesamtveräußerung des Unternehmens verwirklicht werden kann.

Allerdings kann diese Besserstellung durch eine abweichende Vereinbarung im Gesellschaftsvertrag über die Abfindung beim Ausscheiden in eine nachteilige Position gegenüber der Liquidationsteilnahme verwandelt werden. Das ist dann der Fall, wenn etwa ein fester Betrag als Abfindung vorgesehen ist oder die Buchwerte der letzten Jahresbilanz maßgebend sein sollen. Der Ausscheidende nimmt dann an den Reserven und dem inneren Geschäftswert nicht teil³⁾.

Eine Schlechterstellung des ausscheidenden Gesellschafters ergibt sich auch durch eine speziell für die fehlerhafte OHG entwickelte Auseinandersetzungsregelung. Abweichend vom Gesetz wird heute überwiegend jedem Gesellschafter in der Auseinandersetzung ein besonderes Rückforderungsrecht auf seine noch in Natur vorhandene Einlage unter Anrechnung auf seinen Liquidationsanteil zugebilligt⁴⁾. Abgesehen davon, ob man

-
- 1) Es kommt also nicht darauf an, ob der Ausscheidende an der Entstehung des Goodwill durch seine Tätigkeit mitgewirkt hat, vgl. BGH a.a.O.
 - 2) Zum Berechnungsmodus, wenn zu Beginn der Gesellschaft der wahre Wert des Unternehmens bereits größer war als der Nennbetrag des Gesellschaftskapitals : Hueck, a.a.O., S. 335 Note 69; Ganßmüller : NJW 1956, 299 u. 908; Buchwald : NJW 1956, 907; BGHZ 17, 130.
 - 3) Wobei jedoch fraglich ist, ob bei fehlerhaften Gesellschaften diese Vertragsbestimmungen zur Anwendung kommen. Zumindest darf das dann nicht erfolgen, wenn der fehlerhafte Wille auch diesen Punkt erfaßt. Vgl. dazu unten S. 85ff.
 - 4) Beckmann S. 113; Hueck, Recht der OHG, S. 67; Erman S. 81; Engelskirchen S. 129ff; im beschränkten Umfang auch Ambos S. 97. Vgl. dazu näher S. 147 f .

diese Regelung grundsätzlich auch für das Ausscheiden aus einer fehlerhaften OHG übernimmt, kann sie auf jeden Fall dann nicht gelten, wenn das Unternehmen, wie im hier untersuchten Fall, fortgeführt wird. Dieser Verlust seiner Einlage benachteiligt den ausscheidenden Gesellschafter u.U. in hohem Maße.

Insgesamt gesehen erwachsen dem Ausscheidenden im Hinblick auf die Zusammensetzung und Berechnung seines Abfindungsguthabens also sowohl Vorteile¹⁾ als auch Nachteile im Vergleich zum Liquidationsguthaben. Die Nachteile werden jedoch durch die potentielle Besserstellung nicht ausgeglichen.

b2) Rechtliche Position zur Geltendmachung der Ansprüche

Ganßsmüller weist darauf hin²⁾, daß eine faktische Benachteiligung für den Ausgeschlossenen dadurch entstehen könne, daß er seine Ansprüche in einer schwächeren Position als ein Liquidationsteilnehmer, quasi von "draußen aus" durchzusetzen habe.

-
- 1) Diese teilweise Besserstellung darf aber nicht überschätzt werden, denn oft werden die Zukunftsaussichten eines ergiebigen Unternehmens im Betrag des Goodwill nicht genügend berücksichtigt. Zwar ergibt sich für den Gesellschafter, in dessen Person der Vertragsfehler entstanden ist, nur die Konsequenz der Auflösung der OHG oder des Ausscheidens aus der Gesellschaft, da ja feststeht, daß er die Auflösungsklage erheben will. Auch bei der Realisierung des Goodwill in der Liquidation würde also diese Situation bestehen. Andererseits steht aber auch fest, daß die übrigen Gesellschafter das Unternehmen mit all seinen Chancen weiterführen.

Die Gefahr der Unterbewertung des Goodwill ist durch das Fehlen exakter Berechnungsfaktoren begründet. Seine Bestimmung beruht auf folgenden Größen :

1. dem nachhaltig erzielbaren Gewinn,
2. dem Kapitalisierungszinsfuß,
3. der Dauer der Nachhaltigkeit des zu entgeltenden Goodwill.

Alle Faktoren (besonders 1 und 3) sind von vielen Imponderabilien abhängig. Subjektive Einflüsse, spekulative Momente und unsichere Schätzungsgrundlagen spielen eine große Rolle.

- 2) NJW 1955, 1067, bei der Erörterung, ob ein Ausschlussrecht gegen Minderjährige aufgrund der Minderjährigkeit besteht.

Wer zur Bilanzaufstellung berechtigt ist, kann seine Vermögensposition wirkungsvoll verteidigen und sie, auch im Rahmen seiner Gesellschafterpflichten handelnd, günstiger gestalten, als es ein Unbeteiligter vermag¹⁾.

Bei der Abwicklung der Gesellschaft sind die Bilanzen (Eröffnungs- und Schlußbilanz) grundsätzlich von allen Gesellschaftern als Liquidatoren aufzustellen, §§ 154, 146/I HGB. Ist ein Gesellschafter aufgrund abweichender Vereinbarung nicht Liquidator, so hat er doch als Liquidationsbeteiligter ausreichende Möglichkeiten, seine Interessen zu wahren.

Beim Ausscheiden eines Gesellschafters erfolgt die Feststellung des Abfindungsguthabens durch alle Gesellschafter, auch den ausscheidenden²⁾. Ebenso ist der Entwurf der Bilanz grundsätzlich von allen aufzustellen. Selbst wenn aber der ausgeschlossene Gesellschafter an der Aufstellung nicht mitwirkt, so darf er zur Überprüfung die Geschäftsbücher und sonstigen Unterlagen einsehen, § 810 BGB, und sich gegebenenfalls dabei eines Sachverständigen bedienen³⁾.

Eine nennenswerte Benachteiligung des Ausscheidenden im Hinblick auf die Bilanzaufstellung und -feststellung besteht also nicht.

Nach § 740 BGB nimmt der Ausgeschiedene am Gewinn und Verlust der zur Zeit seines Ausscheidens schwebenden Geschäfte teil. Dabei hat er jedoch auf die Art der Beendigung naturgemäß keinen Einfluß mehr. Er darf lediglich am Schluß des Geschäftsjahres Rechenschaft und Auszahlung seines Gewinnanteils verlangen. Bei der Liquidation kann er dagegen als Liquidator

-
- 1) Die Bilanzaufstellung ist aber oft mit solchen Schwierigkeiten verbunden, daß nicht die Berechtigung, sondern die Verpflichtung dazu in manchen Fällen im Streite ist.
 - 2) RGZ 15, 80; OLG Hamburg OLGR 36, 272.
 - 3) RGZ 25, 88; 117, 332; BGHZ 25, 123; BGH BB 1962, 899.

oder kraft seiner Gesellschafterstellung aktiv bei der Abwicklung der schwebenden Geschäfte mitwirken.

Diese unterschiedliche Stellung kann im Einzelfall für den ausscheidenden Gesellschafter nachteilig sein.

c2) Haftung

Nachteilig für den ausgeschlossenen Gesellschafter kann auch seine weiterbestehende Haftung für die Gesellschaftsschulden sein. Der einzelne haftet für die Ansprüche der Gläubiger zwar gleichermaßen nach der Auflösung der Gesellschaft und nach einem Ausscheiden, § 159 HGB; gemäß der gesetzlichen Regelung sind aber bei der Liquidation vor der Schlußverteilung des Erlöses die Gläubiger der Gesellschaft zu befriedigen, §§ 149, 155 HGB. Wird so verfahren, mangels abweichender Vereinbarung hat jeder Gesellschafter einen Anspruch darauf, ist eine spätere Inanspruchnahme der Gesellschafter regelmäßig ausgeschlossen.

Beim Ausscheiden eines Gesellschafters werden dagegen die Schulden der Gesellschaft nur in Ausnahmefällen insgesamt be richtet, der ausgeschlossene Gesellschafter muß deshalb für sie weiter in voller Höhe eintreten. Im Innenverhältnis haben zwar die verbleibenden Gesellschafter die Schulden allein zu tragen, da ihnen das Gesellschaftsvermögen zufällt¹⁾. Der ausscheidende Gesellschafter hat daher einen schuldrechtlichen Anspruch darauf, von der Haftung für die Gesellschaftsschulden befreit zu werden, § 738 I 2 BGB. Die Befreiung kann durch Tilgung, Sicherheitsleistung oder dadurch bewirkt werden, daß die übrigen Gesellschafter eine Erklärung des Gläubigers herbeiführen, durch die er den Gesellschafter aus der Haftung entläßt.

Dieser schuldrechtliche Befreiungsanspruch schafft dem Gesellschafter aber nicht die Sicherheit, wie sie die Befriedigung

1) Der vom ausscheidenden Gesellschafter zu tragende Schuldenanteil wurde bereits bei der Berechnung seines Abfindungsguthabens berücksichtigt.

der Gläubiger in der Liquidation bietet. Zu einem Schuldner=laß sind die Gläubiger nicht verpflichtet. Die anderen Erfüllungsarten der Verpflichtung bedeuten für die OHG eine starke Belastung, die in vielen Fällen nicht ohne Gefährdung für ihren Bestand zu verwirklichen sind. Zumindest würden sie oft zu einer unproduktiven Inanspruchnahme ihrer Mittel führen. Die verbleibenden Gesellschafter werden deshalb geneigt sein, die Erfüllung des Anspruchs möglichst zu umgehen oder doch hinauszuzögern. Da die Regelung des Gesetzes nicht zwingend ist, wird der Gesellschaftsvertrag auch oft einen anderen Weg ins Auge fassen¹⁾.

Die weiterbestehende Haftpflicht des Ausscheidenden im Außenverhältnis bedeutet somit eine nicht unerhebliche Gefährdung seiner Vermögensinteressen im Gegensatz zur Haftungslage nach Beendigung der Liquidation.

d2) Wettbewerbsverbot

Mit dem Ausscheiden eines Gesellschafters erlöschen zwar grundsätzlich die für ihn bestehenden Gesellschaftspflichten, es können aber neue Pflichten entstehen. Besonders bedeutsam wäre in dieser Hinsicht ein Wettbewerbsverbot, das sich in der weiteren Berufsausübung oft hinderlich auswirkt.

Eine solche Pflicht zur Unterlassung von Wettbewerb ist nicht aus § 112 HGB abzuleiten, da seine Verbindlichkeit für den Gesellschafter mit dem Ausscheiden aus der OHG erlischt. Ihre Rechtsgrundlage kann in der nachwirkenden Treuepflicht des Gesellschafters gesehen werden²⁾. Ohne auf die Frage, in welchem Umfang eine Treuepflicht auch bei der fehlerhaften Gesellschaft besteht, bereits hier einzugehen, kann gesagt werden, daß auch bei der fehlerhaften OHG im Einzelfall ein Konkurrenzverbot für einen ausgeschiedenen Gesellschafter aufgestellt werden kann, da sonst der Zweck der Ausschließung

1) Müller-Erzbach, Handelsrecht, S. 218 .

2) Zum Bestehen von Treuepflichten siehe unten S. 88f .

teilweise wieder zunichte gemacht werden könnte¹⁾.

Auch diese Tatsache benachteiligt also den ausgeschlossenen Gesellschafter, da ein Wettbewerbsverbot nach der Liquidation regelmäßig nicht mehr besteht.

b1) Strafcharakter der Ausschließung

Die Untersuchung der vermögensrechtlichen Folgen eines Ausschlusses hat ergeben, daß er im Regelfall nachteiliger für den Gesellschafter ist als die Teilnahme an der Liquidation. Man könnte demnach der Meinung sein, daß der Ausschluß eine Strafe, genauer eine Privatstrafe ist²⁾.

Wird das bejaht, wäre ein Ausschluß ohne Verschulden nicht möglich, da das Verschulden Voraussetzung der Strafe ist³⁾. Die §§ 140, 142 HGB müßten dann restriktiv ausgelegt werden⁴⁾. Da die subjektiven Anfechtungs- und Nichtigkeitstatbestände in der Person des fehlerhaft Erklärenden verschuldensirrelevant sind, könnten sie keine Ausschlußgründe bilden.

1) Auf den möglichen Umfang dieser Unterlassungspflicht kann hier nicht eingegangen werden.

2) Ablehnend : RG ZakDR 1938, 818; RGZ 146, 176; OLG Hamburg OLGR 19, 313; BGHZ 1, 333; Hueck, Recht der OHG, 328; Hartmann S. 4; Eichler S. 63; Gudénas S. 56; Alexander-Katz : ZHR 70, 83; Flechtheim § 140 Anm. 3; Weipert § 140 Anm. 8; Westermann, Handbuch, RZ 407. Den Strafcharakter bejahen ohne Begründung : RGZ 24, 139; 38, 109; Wieland S. 717 Note 15; Staub-Pinner § 140 Anm. 3.

Der Strafgedanke ist dem modernen Zivilrecht nach dem Niedergang der Privatstrafen im gemeinen Recht weitgehend fremd. Schon Rudolph von Ihering (Das Schuldmoment im römischen Privatrecht, S. 227, 229) erschien seine Verdrängung aus dem Zivilrecht als die Verkörperung fortschrittlicher Rechtsentwicklung. Im Bürgerlichen Gesetzbuch hat er keinen gesetzlichen Niederschlag mehr gefunden. Eine echte Privatstrafe ist die sog. Vereinsstrafe, die mittels Ausschließung aus dem Verein, Verhängung von Geldstrafen, Entziehung oder Verkürzung bestimmter Vereinsrechte der Ahndung schuldhafter Verstöße der Vereinsmitglieder gegen sozial-ethische Vereinspflichten dient. Vgl. Meyer-Cording S. 30; siehe auch BGHZ 21, 376.

3) BVerfG NJW 1967, 195.

4) So konsequenterweise Pinner a.a.O.

Um die Frage nach dem Wesen des Ausschlusses entscheiden zu können, sind Zweck und Wirkung des Ausschlusses mit den Charakteristika der Privatstrafe zu vergleichen¹⁾. Der Strafcharakter der Maßnahme kann nicht mit einem Hinweis darauf abgelehnt werden, daß § 140 HGB für den Ausschluß kein Verschulden fordert²⁾. Dieser Schluß vom fehlenden Verschuldens=erfordernis auf das Wesen der Maßnahme übernimmt ungeprüft die Wertung des Gesetzgebers; das ist in diesem Fall aber unzulässig.

Strafe ist, auf eine kurze Formel gebracht, Sühne für begangenes Unrecht durch Auferlegung eines Übels. Charakteristisch für die Privatstrafe, im Gegensatz zur öffentlichen Strafe, ist die Strafberechtigung des Verletzten. Im Wege der Privatstrafe kann dem Täter die Zahlung einer Geldsumme aufgegeben werden oder ein Recht entzogen werden. Ihr Kennzeichen ist also, daß der für den Bestraften entstehende Nachteil zu einem unmittelbaren Vorteil für eine Privatperson wird.

Unter diese Begriffsmerkmale läßt sich der Ausschluß noch einordnen. Ausschlußberechtigt sind die übrigen Gesellschafter in ihrer Gesamtheit. Dem ausgeschlossenen Gesellschafter wird gegen seinen Willen seine Mitgliedschaft in der Gesellschaft entzogen und dieser Rechtsverlust wird für die übrigen Beteiligten zu einem unmittelbaren Vorteil. Die Position des ausgeschlossenen Gesellschafters geht zwar nicht im Wege der Rechtsnachfolge über, die verbleibenden Gesellschafter sind aber nicht mehr durch die Mitberechtigung des Ausgeschlossenen beschränkt, demgemäß erweitert sich ihre Rechtszuständigkeit.

Das Wesen der Privatstrafe ist jedoch durch die obigen Merkmale noch nicht eindeutig erfaßt. Nicht genügend berücksichtigt wurde bisher der Sühneganke, der sich in der teleologischen Eigenart der Privatstrafe niederschlägt. Ziel der Strafe ist nicht so sehr die Abwendung oder die Wiedergutmachung

1) Vgl. zum folgenden : Großfeld S. 9ff; Meyer-Cording S. 28ff; Habscheid : AcP 158, 368.

2) So Hartmann a.a.O.; Gudénas a.a.O.; Flechtheim a.a.O.

von Schaden, sondern die Sühne, die sich in der Zufügung eines Nachteils niederschlägt. Die Strafe sieht also in erster Linie auf den Täter und nicht auf den Verletzten. Daraus folgt, daß sich die Höhe der Strafe nicht allein oder vorwiegend nach den Interessen des Verletzten bemißt.

Diese teleologische Eigenart ist dem Ausschließungsinstitut fremd. Sein Zweck ist ausschließlich der Schutz des bestehenden Unternehmens durch die Erhaltung des Vermögensträgers, der Gesellschaft¹⁾. Die Ausgestaltung des Ausschlusses ist ganz auf die Verwirklichung dieses Zwecks abgestellt. Die Maßnahme soll nicht zu einer Quelle der Bereicherung für die anderen Gesellschafter werden. Der ausgeschlossene Gesellschafter erhält ein Äquivalent für seinen Rechtsverlust und wird nicht schlechter gestellt, als wäre er freiwillig ausgeschieden. Die eintretenden Nachteile sind lediglich ein Akzidens des Ausschlusses. Das Ausschließungsinstitut sieht also gerade auf den 'Verletzten', die Wirkungen der Maßnahme werden durch seine Interessen begrenzt.

Der Ausschluß ist daher keine Strafe²⁾.

Die Ablehnung des Strafcharakters besagt jedoch nicht, daß der Ausschluß, im Gegensatz zur Auflösung der Gesellschaft, selbst, wenn sie gegen den Willen eines Gesellschafters ausgesprochen wird, auch keine Kränkung des Gesellschafters darstellen kann³⁾. Während bei der Auflösung alle Beteiligten ihre Existenzgrundlage verlieren, trifft dies beim Ausschluß nur für den betreffenden Gesellschafter zu. Dieser wird die Maßnahme leicht als gegen ihn gerichtete Spitze verstehen, für die sein Abfindungsguthaben, da auf anderer Ebene liegend, nur ein ungenügendes Äquivalent ist.

1) Denkschrift zum HGB, S. 137; Pisko bei Ehrenberg S. 215; Müller S. 2; Gudénas S. 7ff; Neuß S. 37; Schramm S. 4.

2) Eine Beschränkung der Abfindung, z.B. auf dem Nennwert des Kapitalanteils, allein für die Fälle der Ausschließung wäre deshalb als unzulässige Strafdrohung unwirksam.

3) Flechtheim § 140 Anm. 3.

Diese ideelle Folge des Ausschlusses sollte nicht unterschätzt werden.

c1) Zusammenfassung

Zusammenfassend läßt sich damit feststellen :

Der Unterschied zwischen dem Ausschluß eines Gesellschafters und einer Teilnahme an der Liquidation ist insgesamt gesehen nicht unerheblich¹⁾.

Durch das Ausscheiden verliert er u.U. das Recht, seine Einlage zurückzufordern. Während für einen Gesellschafter nach der Liquidation i.d.R. alle gesellschaftlichen Verpflichtungen erlöschen, treffen ihn nach seinem Ausscheiden noch eine Reihe von Rechtswirkungen seines ehemaligen Status. Die weiterbestehende Haftung und ein eventuelles Wettbewerbsverbot bergen eine potentielle vermögensmäßige Gefährdung des Gesellschafters in sich. Der Ausschluß ist zwar keine Strafe, kann aber Kränkungscharakter annehmen.

Demgegenüber steht lediglich eine mögliche wirtschaftliche Besserstellung durch das Abfindungsguthaben, die aber aus einer Reihe von Gründen in Frage gestellt oder sogar in das Gegenteil verkehrt werden kann.

Das Interesse des benachteiligten Gesellschafters ist also auf die Auflösung der Gesellschaft, d.h. auf die Teilnahme an der Liquidation gerichtet.

3. Konfliktlösung

a) Unterschiede und Gemeinsamkeiten von wichtigem Grund und Vertragsfehler

Welchem Interesse in diesem Konflikt zwischen Erhaltungs- und Auflösungsinteresse der Vorrang einzuräumen ist, muß an Hand

1) Alexander-Katz : ZHR 70, 82 verneint ein Interesse des Gesellschafters an der Zerstörung des Unternehmens, d.h. an der Liquidationsteilnahme. Auch Brox S. 250f verneint eine Schlechterstellung des Gesellschafters beim Ausscheiden.

der gesetzlichen Interessenbewertung in § 140 HGB entschieden werden.

Die oben aufgezeigte Interessenlage entspricht im wesentlichen derjenigen in § 140 HGB¹⁾.

Auch bei der fehlerhaften OHG ist das Interesse des Ausschließenden aus den genannten Gründen darauf gerichtet, daß die Gesellschaft aufgelöst wird²⁾, alle Gesellschafter also gleichbehandelt werden.

Die übrigen Gesellschafter sind dagegen daran interessiert, daß die Folgen der in der Person eines Gesellschafters eintretenden Umstände nicht zu ihrem Nachteil die Gesellschaft treffen. Sie wollen also das Unternehmen erhalten.

Eine Ähnlichkeit zwischen den beiden Fällen besteht auch insofern, als sowohl der gesetzlich normierte Ausschlußgrund 'wichtiger Grund' wie der potentielle Ausschlußgrund 'Vertragsfehler' in der Person eines Gesellschafters eintreten und damit den aufgezeigten Interessenkonflikt auslösen. Bei einem objektiven, d.h. nicht in der Person eines Gesellschafters liegenden Auflösungsgrund ist das gesetzlich zu berücksichtigende Interesse aller Gesellschafter gleichgerichtet. Da der Auflösungsgrund nicht durch den Ausschluß eines Gesellschafters beseitigt werden kann, bleibt i.d.R. nur die Auflösung. Liegt der Auflösungsgrund dagegen in der Person eines Gesellschafters, kann er durch den Ausschluß dieses Gesellschafters aus der Welt geschafft werden. Das Interesse der Mehrheit richtet sich jetzt, bei entsprechendem Fortsetzungswillen, auf die Unternehmenserhaltung. Das Interesse der betreffenden Gesellschafter bleibt auf die Auflösung gerichtet.

Neben dieser Gemeinsamkeit, die allein nicht ausreicht, den Analogieschluß zu rechtfertigen, bestehen zwischen beiden

1) Vgl. z.B. Westermann, Handbuch, RZ 408; siehe auch Denkschrift zum HGB, S. 137.

2) Für den Gesellschafter bestehen nur die Alternativen Ausschluß oder Auflösung der Gesellschaft. Ein Verbleiben in der fortbestehenden Gesellschaft kommt für ihn, im Gegensatz zum benachteiligten Gesellschafter der fehlerhaften OHG, nicht in Betracht.

Fällen jedoch einige Unterschiede.

Wichtiger Grund und Vertragsfehler sind strukturell verschieden. Der Vertragsfehler als solcher ist nicht geeignet, auf die Sphäre der tatsächlichen gesellschaftlichen Zusammenarbeit einzuwirken. Er hat allein Bedeutung für die rechtliche Bestandskraft des Vertrages und kann so als rechtliches Faktum die gesellschaftliche Tätigkeit nicht unzumutbar werden lassen. Der Begriff des wichtigen Grundes wurzelt dagegen im Tatsächlichen. Er faßt als Generalklausel die Fälle zusammen, in denen eine Störung der tatsächlichen gesellschaftlichen Zusammenarbeit eingetreten ist.

Weiter ist zu beachten, daß bei der fehlerhaften OHG die Auflösungsberechtigung verschoben ist. Während § 140 HGB voraussetzt, daß die übrigen Gesellschafter die Auflösung der Gesellschaft verlangen können, steht hier dem auszuschließenden Gesellschafter das Auflösungsrecht zu.

Ob diese Unterschiede wesentlich sind, muß an Hand der für die gesetzliche Entscheidung in § 140 HGB maßgeblichen Bewertungsprinzipien ermittelt werden. Lassen sich diese Prinzipien auch bei der fehlerhaften OHG aufzeigen, ist die Analogie gerechtfertigt. Es gilt also, die entscheidungserheblichen Bewertungsprinzipien in § 140 HGB zu suchen.

b) Bewertungsprinzipien des § 140 HGB

Wir haben oben stillschweigend vorausgesetzt, daß § 140 HGB Ausdruck eines Bewertungsgrundsatzes ist¹⁾. Auf diese bisher nicht verifizierte Prämisse muß zunächst kurz²⁾ eingegangen

-
- 1) Danach müssen folgende Unterscheidungen getroffen werden :
 1. der Interessenkonflikt = die widerstreitenden Begehrensvorstellungen,
 2. die gesetzliche Interessenbewertung = das Werturteil, das diesen oder jenen Interessen den Vorzug gibt,
 3. die für die Interessenbewertung maßgeblichen Bewertungsmaßstäbe oder -prinzipien,
 4. die den Bewertungsmaßstäben zugrunde liegenden objektiven Werte.
 - 2) Die dabei auftauchenden schwierigen rechtsphilosophischen und -methodischen Fragen können im Rahmen dieser Arbeit nur gestreift werden.

werden. Drei Fragen stellen sich in diesem Zusammenhang :

1. Gibt es die angesprochenen Prinzipien überhaupt ?
2. Wie sind sie auffindbar ?
3. Müssen diese Bewertungsprinzipien dem positiven Recht entnommen werden oder darf auch von außer=gesetzlichen Prinzipien ausgegangen werden ?

Zu 1. Wenn man erkennt, daß die Gerechtigkeit ein immanentes Prinzip des Rechts ist, das Recht also Ausdruck des wirklich vorhandenen Strebens des Gesetzgebers nach Gerechtigkeit ist, kann man sagen, daß jede streitentscheidende Norm eine Folgerung aus der Gerechtigkeitsidee ist oder zumindest den dem=entsprechenden An=spruch enthält¹⁾. Die gesetzlichen Entschei=dungen sind daher nicht, wie Heck sagt²⁾, lediglich eine Re=sultante verschiedener miteinander ringender Interessen, gleichsam ein Parallelogramm der Kräfte, sondern sie werden von bestimmten Folgerungen aus der Gerechtigkeitsidee, den Bewertungsprinzipien, getragen. Gerechtigkeit bedeutet hier also "die proportional richtige Berücksichtigung der materiell=ten Werte"³⁾. Wie diese Wertordnung festgelegt wird, muß "jede Zeit und jedes Volk für sich neu entwickeln"⁴⁾.

Zu 2. Die Bewertungsprinzipien treten im Gesetz nicht offen zutage, ihre Ermittlung ist daher nicht einfach. Das bedeutet jedoch nicht, daß sie nicht auffindbar sind. Da es sich um eine Auslegung des Gesetzes handelt, sind die allgemein an=erkannten Auslegungskriterien heranzuziehen. Dabei wird die objektiv=teleologische Methode in Zielrichtung und Verfahren der Struktur der Bewertungsprinzipien am ehesten gerecht wer=den.

-
- 1) Westermann, Streitentscheidung, S. 16f. Damit soll jedoch nicht gesagt werden, daß dieses Prinzip immer rein durch=geführt werden kann und nicht u.U. den Grundsätzen der Zweckmäßigkeit oder der Rechtssicherheit geopfert wird.
 - 2) Heck, Begriffsbildung und Interessenjurisprudenz, S. 74.
 - 3) Esser, Einführung in die Grundbegriffe des Rechtes und des Staates, S.14. Vgl. auch Wolff, Festschrift für Sauer, S. 112 : Das Prinzip der Gerechtigkeit fordert, "daß dem jeweils objektiv wertvolleren menschlichen Interesse der Vorzug zu geben ist".
 - 4) Westermann, aaO, S. 18

Zu 3. Die Forderung, die Bewertungsprinzipien nur im positiven Recht zu suchen, setzt voraus, daß der Rechtsordnung ein Zusammenhang solcher grundlegender Prinzipien immanent ist, von denen auch der Gesetzgeber bei seinen Wertungen bewußt oder unbewußt ausgegangen ist. Ob das Gesetz solche Maßstäbe immer in hinreichender Deutlichkeit und Vollständigkeit enthält, kann bezweifelt werden, die Orientierung am gesetzten Recht muß aber zumindest versucht werden¹⁾.

Welches sind nun die für die §§ 140, 142 HGB maßgeblichen Bewertungsprinzipien?²⁾

a1) Prinzip der Interessenhäufung

Aus der Entstehungsgeschichte und den Vorstellungen der an der Gesetzgebung beteiligten Personen kann kein Hinweis für den Grund der Bevorzugung des Unternehmensinteresses entnommen werden. Deutlich kommt lediglich zum Ausdruck, daß die Ausschließung nicht in erster Linie der Erhaltung eines rechtlichen Gebildes, sondern der Erhaltung eines wirtschaftlichen Wertes, des Unternehmens, dient³⁾. Während das ADHGB in Art. 128 noch darauf abstellte, ob nach dem Fortfall eines Gesellschafters noch mehr als ein Gesellschafter blieb und damit den Ausschluß nur zur Erhaltung des Gesellschaftsverhältnisses einsetzte, steht das HGB auf dem Standpunkt des Unternehmensschutzes. Das zeigt sich deutlich in der Vorschrift des § 142 HGB, durch den die unzweckmäßige Unterscheidung des ADHGB aufgegeben wurde.

Schutz des Unternehmens bedeutet nicht, daß es um seiner selbst willen erhalten werden soll. Das Unternehmen ist kein Rechtswert an sich, der durch eine spezifische, immanente Interessenwertigkeit den Vorrang verdient⁴⁾. Entscheidend sind die

1) Vgl. dazu Larenz, Methodenlehre, S. 128ff.

2) Eine Reihe allgemeingültiger Prinzipien hat Hubmann : AcP 155, 85 zusammengestellt.

3) Denkschrift zum HGB, S. 137; Gudénas S. 15; Neuß S. 37.

4) Siehe oben S. 11f .

hinter dem Unternehmen stehenden, indirekt geschützten privaten Interessen der Gesellschafter. Man kann sagen : Das Gesellschaftsinteresse ist bedingt durch den Bestand des Unternehmens, da es sich durch ihn erst verwirklicht. Die Entscheidung des Gesetzes erfolgte also präzis zugunsten der ausschließungsbegehrenden Gesellschafter als Teilhaber des Unternehmens, bzw. zugunsten ihres Interesses an der Erhaltung dieses Unternehmens.

Diese Summe von Einzelinteressen wird nicht durch die Summierung zu einem qualitativ höherwertigen Gemeinschaftsinteresse, das einen ähnlichen Anspruch auf Vorrang wie das der Gemeinschaft der Staatsbürger hat¹⁾. Der Aufopferungsgrundsatz gilt nicht in diesem Bereich. Aber bei Konflikten an sich gleichwertiger Interessen kann die Addition auf der einen Seite den Ausschlag geben, der Achtungsanspruch eines Interesses wird durch das Hinzutreten eines weiteren verstärkt²⁾. Man kann diesen Bewertungsgrundsatz mit Hubmann das Prinzip der Interessenhäufung oder das Kumulationsprinzip nennen. Er gilt für die Gesellschaft natürlich nur im Rahmen des durch den Zusammenschluß abgegrenzten sachlichen Bereichs. Erst dadurch, daß sich jeder Gesellschafter der gemeinsamen Zweckverfolgung freiwillig unterordnet, wird der relative Vorrang des Gemeinschaftsinteresses begründet. Die dem Prinzip zugrunde liegende quantitative Abwägung kann allerdings dort nicht mehr den Ausschlag geben, wo ein besonders dringliches Einzelinteresse besteht, wenn etwa die Ehre des auszuschließenden Gesellschafters berührt wird.

Ob das Kumulationsprinzip bei § 140 HGB wirklich maßgebend ist, könnte im Hinblick auf § 142 HGB zweifelhaft sein. Hier stehen nicht die Interessen mehrerer Gesellschafter dem Interesse eines einzelnen gegenüber, sondern hier kollidieren die Interessen von nur zwei Gesellschaftern, den beiden einzigen Mitgliedern der OHG. Das Prinzip der Interessenhäufung

1) So aber im Anschluß an J.v.Gierke, Gudénas, S. 26.

2) Hubmann a.a.O. S. 107.

gilt bei § 142 HGB also nicht. Es liegt aber nahe anzunehmen, daß den §§ 140 und 142 HGB die gleichen Bewertungsgrundsätze zugrunde liegen, da beide Vorschriften dem gleichen Zweck dienen¹⁾. Zwingend wäre diese Vermutung jedoch nur, wenn das Kumulationsprinzip bei § 140 HGB der einzige Bewertungsmaßstab bliebe. Da das, wie zu zeigen sein wird, nicht der Fall ist, kann man davon ausgehen, daß es bei § 140 HGB entscheidungserheblich ist. Die beiden Vorschriften stimmen also nicht in allen Bewertungsprinzipien überein. Daraus kann gefolgert werden, daß bei der Übernahme klage besondere Zurückhaltung geboten ist, da hier dies zugunsten des Unternehmensinteresses sprechende Vorzugsprinzip fehlt²⁾.

Der relative Vorrang des Gemeinschaftsinteresses wird noch verstärkt durch das Hinzutreten des Allgemeininteresses an der Erhaltung des Unternehmens³⁾. Dieses Interesse ist bedingt durch die besondere Funktion des Unternehmens innerhalb unseres Wirtschaftslebens⁴⁾. Man würde zwar die gesetzliche Interessenbewertung verkennen, wollte man annehmen, der Schutz der Gesamtwirtschaft sei in erster Linie beabsichtigt, ganz ohne Bedeutung ist er aber nicht⁵⁾. Man kann sagen, daß das Gebot der Rücksichtnahme auf ein Interesse verstärkt wird, wenn es gleichzeitig im Interesse der Allgemeinheit Schutz verdient.

-
- 1) Breit : JW 1926, 766 bezeichnet aus diesem Grunde den § 142 HGB sogar als überflüssig. Sicher hat er in erster Linie Klarstellungsfunktion.
 - 2) Diese Auslegung des § 142 HGB entspricht der wohl h.M. : BGHZ 4, 108; RGZ 24, 136; RG LZ 1932, 1145; Flechtheim § 142 Anm. 3; Schlegelberger-Geßler § 142 Anm. 3; Weipert § 142 Anm. 5.
 - 3) Das Allgemeininteresse spricht natürlich auch bei § 142 HGB für die Unternehmenshaltung. Insofern ist auch hier das Kumulationsprinzip entscheidungserheblich.
 - 4) Vgl. Rittner, Unternehmen und freier Beruf, S. 17; Müller-Erbach, Handelsrecht, S. 72; ZHR 61, 359; und oben S. 11.
 - 5) So auch, mit verschiedenen starker Betonung der Bedeutung des Allgemeininteresses : Hueck, Recht der OHG, S. 323; Westermann, Handbuch, RZ 408; Herschel : DR 1940, 721; Alexander-Katz : ZHR 70, 87; Pisko bei Ehrenberg S. 198, 213; Müller-Erbach : ZHR 64, 539;

b1) Prinzip der Verantwortung für den eigenen Lebensbereich

Der Konflikt zwischen dem Interesse der Gemeinschaft und dem Interesse des auszuschließenden Gesellschafters wird durch Umstände in der Person dieses Gesellschafters ausgelöst. Kann auch aus dieser Tatsache ein Bewertungsgrundsatz abgeleitet werden, der es rechtfertigt, sein Interesse zurückzusetzen ?

Es geht hier darum, menschliches Verhalten zu bewerten. Die Bewertungsprinzipien menschlichen Verhaltens in unserem Recht sind vielfältig; drei der wichtigsten sind das Verschulden, die Gefährdung und die Veranlassung.

Das Verschulden kann für die Bewertung des Interesses des auszuschließenden Gesellschafters ein negativer Faktor sein, notwendig ist das jedoch nicht. Eine schuldhaftes Pflichtverletzung, obwohl die Regel, ist nicht Voraussetzung für die Ausschließbarkeit, da der Bestand der Gesellschaft auch durch unverschuldete Umstände gefährdet werden kann.

Bewertungsprinzip bei § 140 HGB ist nicht der Gefährdungsgedanke. Die Umstände, die zu einem Ausschluß führen, können dem gesamten Lebenskreis eines Gesellschafters entspringen, soweit er sich nur in irgendeiner Weise mit dem gesellschaftlichen Bereich berührt. Aus diesem Lebenskreis entstehen aber nicht typischerweise bestimmte Gefahren, was Voraussetzung für die Geltung des Gefährdungsprinzips wäre.

In einer Reihe von Fällen bildet das Veranlassungsprinzip, einen negativen Bewertungsfaktor, da es lediglich verlangt, daß eine Interessenkollision in gerade noch zurechenbarer Weise verursacht wurde. Es kann z.B. eingreifen, wenn die gesellschaftliche Zusammenarbeit durch schuldunfähige Personen oder durch längere Abwesenheit eines Gesellschafters¹⁾ gestört wird. Das Veranlassungsprinzip knüpft jedoch an eine menschliche Handlung an. Da für das Entstehen eines

Amecke-Mönnighoff S. 2; Gudénas S. 27; Schramm S. 4;
RG ZakDR 1938, 638.

1) OGH Köln NJW 1950, 184.

wichtigen Grundes eine Handlung aber nicht unbedingt erforderlich ist¹⁾, kann auch dieses Prinzip nicht in allen Fällen der §§ 140, 142 HGB maßgebend sein.

Auf keines der drei aufgezeigten Prinzipien kann also eine negative Bewertung des Interesses des auszuschließenden Gesellschafters generell gestützt werden. Man kann jedoch sagen, daß alle Prinzipien den Gedanken der Verantwortlichkeit der Person für den eigenen Lebenskreis enthalten²⁾. Im Vordergrund steht zwar bei ihnen der Gedanke der Selbstmächtigkeit der Person, d.h. die Verantwortlichkeit besteht nur, soweit die Person selbst ihre Handlungen bestimmt. Die Verantwortlichkeit ist aber ebenso eine Forderung der sozialen Gerechtigkeit. Das kann dazu führen, daß die Person das Risiko auch für Vorgänge tragen muß, die sie zwar nicht mehr beherrschen kann, die sich aber in ihrem Lebensbereich abspielen. Der eigene Lebenskreis wird so zum selbst zu verantwortenden Risikobereich. Das gilt besonders innerhalb von Gemeinschaftsverhältnissen wie der Gesellschaft, da hier bei der Auflösung der Gemeinschaft die Partner nicht nur in einzelnen Beziehungen, sondern oft in ihrer Existenzgrundlage betroffen werden. Die freiwillige Eingliederung in die Gemeinschaft fordert also vom einzelnen Gesellschafter, daß er Umstände, die in seiner Person, seinem Lebensbereich entstehen, selbst verantwortet, ihre Folgen selbst trägt und nicht den anderen aufbürdet³⁾.

1) Das zeigt z.B. der Fall einer schweren, anhaltenden Erkrankung eines Gesellschafters, siehe RGZ 105, 376; 146 S. 176.

2) Das zeigt sich besonders deutlich bei der Haftung für Fahrlässigkeit im Zivilrecht. Sie schließt Elemente einer objektiven Verantwortlichkeit in sich.

3) Manche Autoren, z.B. Flechtheim § 140 Anm. 1, interpretieren die gesetzliche Entscheidung, indem sie sagen, es wäre für die übrigen Gesellschafter eine Härte, wenn die Gesellschaft aufgelöst würde. Darin steckt der Gedanke der Risikozurechnung, abgeleitet aus dem Gedanken der sozialen Gerechtigkeit.
Noch deutlicher Hueck, Recht der OHG, S. 323 : "Wer nicht dafür sorgt, daß in seiner Person kein Grund eintritt, der die Fortsetzung der Gesellschaft für die übrigen Gesellschafter untragbar macht, muß sich grundsätzlich den Ausschluß gefallen lassen".

Bewertungsprinzipien der gesetzlichen Entscheidung in § 140 HGB zugunsten des Unternehmensinteresses sind also das Prinzip der Interessenhäufung, verstärkt durch das Allgemeininteresse am Schutz des Unternehmens, und der Gedanke der Selbstverantwortung für den eigenen Lebensbereich, u.U. konkretisiert im Verschuldens- oder Veranlassungsprinzip.

c) Übertragbarkeit der Interessenbewertung auf die fehlerhafte OHG

Liegen diese für § 140 HGB maßgeblichen Bewertungsprinzipien auch bei der fehlerhaften OHG im Fall der fehlerhaften Gründungserklärung eines Gesellschafters vor ?

Bei oberflächlicher Betrachtungsweise könnte man die Frage bejahen. Da die Mehrzahl der Gesellschafter die Erhaltung des Unternehmens wünscht, könnte man sagen, daß auch hier der Achtungsanspruch des Erhaltungsinteresses gemäß dem Kumulationsprinzip verstärkt wird. Ebenso ließe sich argumentieren, daß zumindest die Entstehung der Willensmängel in den Fällen der §§ 118, 119, 120 BGB und wohl auch die Nichtbeachtung von Formgeboten zum selbst zu verantwortenden Risikobereich des betreffenden Gesellschafters gehören¹⁾.

Dabei bliebe jedoch unberücksichtigt, daß die genannten Bewertungsprinzipien an einen entsprechenden Willen der Beteiligten anknüpfen. Man kann damit sagen, daß sich der Gesellschafter praktisch der Verpflichtung unterwirft, im Konfliktfall, dem Ausschlußfall, auf sein dem Gemeinschaftsinteresse zuwiderlaufendes Einzelinteresse zu verzichten. Erst dadurch, daß sich jeder Gesellschafter der gemeinsamen Zweckverfolgung freiwillig unterordnet, wird der relative Vorrang des Gemeinschaftsinteresses begründet²⁾. Das gleiche gilt für

1) Auf den Gedanken der Risikozurechnung stützt Baedeker, Abwicklungs- und Fortsetzungsfragen bei sog. faktischen OHG, S. 43ff, die Ausschließbarkeit bestimmter fehlerhaft erklärender Gesellschafter, ohne jedoch die Verbindung zu § 140 HGB ziehen. Vgl. oben S. 33 .

2) Siehe oben S. 57 .

die Zurücksetzung des Einzelinteresses durch das Prinzip der Selbstverantwortung¹⁾. Dieses Erfordernis fehlt in vorliegendem Fall, da der Wille des Gesellschafters rechtlich fehlerhaft ist.

Dieses Bedenken kann nicht mit dem Hinweis, daß doch eine tatsächliche Gesellschaft bestehe und es deshalb auf den Willen - die Unterwerfung - des Gesellschafters nicht ankomme, ausgeräumt werden. Es geht hier darum, wie weit der Bestandsschutz der fehlerhaften Gesellschaft auf Kosten des benachteiligten Gesellschafters ausgedehnt werden kann. Diese Frage kann nicht durch begriffliche Erörterungen über das Vorhandensein einer Gemeinschaft beantwortet werden²⁾.

Nun beruht die Existenz der fehlerhaften Gesellschaft jedoch gerade auf der teilweisen Nichtbeachtung der Fehlerfolgen. Es fragt sich nun, ob es sich dogmatisch rechtfertigen läßt, diese Einschränkung so weit vorzunehmen, daß eine Unterwerfung im obigen Sinne bejaht werden und damit ein Ausschluß aufgrund des Vertragsfehlers erfolgen kann. Eine Antwort muß mithin an Hand der Grundsätze gefunden werden, die der Anerkennung der fehlerhaften OHG zugrunde liegen.

a1) Grundlagen der Anerkennung der fehlerhaften Gesellschaft

Wie oben dargestellt³⁾, läßt sich die Anerkennung der fehlerhaften vollzogenen Gesellschaft nicht mit der normativen Kraft des Faktischen begründen. Das Faktische als konstitutiver Tatbestand steht im Widerspruch zum Gesetz. Wenn man die Gesetzestreue wahren will, muß man versuchen, die im Gesetz niedergelegten Prinzipien zu berücksichtigen. Das bedeutet, eine Lösung muß an den Willen der Beteiligten anknüpfen und

1) Siehe oben S. 60 .

2) Vgl. Hueck, Recht der OHG, S. 52 Note 6.

3) Siehe S. 13 ff .

nach einer methodisch begründeten Einschränkung der bestehenden gesetzlichen Regelung suchen.

Dieser Forderung wird im Prinzip die Lehre von der Beschränkung der Nichtigkeitsfolgen gerecht¹⁾. Nur genügt der Nachweis, daß eine solche Beschränkung geboten und durchführbar ist, allein noch nicht. Durch das viel verwandte Argument etwa, daß eine Rückabwicklung nach den §§ 812ff BGB unangemessen sei und gegen die Ordnungsfunktion des Rechts verstoße, wird noch nicht dargetan, daß an die Stelle der gesetzlichen Nichtigkeitsregelung ein rechtsgeschäftliches Schuldverhältnis mit primären Leistungspflichten tritt. Die Lehre von der Nichtigkeitsbeschränkung ist also bisher den Nachweis schuldig geblieben, daß sie sich mit der Rechtsgeschäftslehre vereinbaren läßt, die scheinbar nur den Gegensatz volle Gültigkeit oder absolute Nichtigkeit kennt²⁾. Man könnte zwar meinen, daß die Beschränkung der Nichtigkeit die Ausdehnung der Gültigkeit impliziere, zwingend ist das aber nicht. Davon geht die genannte Lehre jedoch stillschweigend aus. Indem sie nämlich lediglich die Folgen der Nichtigkeit beschränkt, bezieht sie die Nichtigkeit nicht auf die Willenserklärung selbst, sondern auf ihre Rechtsfolgen³⁾. Damit gibt sie den Gegensatz volle Gültigkeit - absolute Nichtigkeit auf.

In der Tat läßt sich auch im fehlerhaften Gesellschaftsverhältnis das Willenselement als Ausdruck der Privatautonomie aufzeigen. Es geht nur darum, diese Willensbetätigung als Zurechnungsgrund für ein rechtsgeschäftliches Schuldverhältnis anzuerkennen⁴⁾⁵⁾.

-
- 1) Dieser Lehre folgt heute der größte Teil des Schrifttums; besonders prononciert wird sie von Erman und Hueck vertreten.
 - 2) Insofern ist der Satz Schumanns in DR 1943, 269 konsequent : "Der Wille ist, soweit er im Verträge enthalten ist, (wegen dessen Nichtigkeit) nicht wirksam".
 - 3) Pawlowski, Rechtsgeschäftliche Folgen nichtiger Willenserklärungen, 35ff, 166ff.
 - 4) Von der Lehre der Nichtigkeitsbeschränkung wird die Möglichkeit dieser Anerkennung vorausgesetzt.
 - 5) Vgl. zum folgenden : Pawlowski a.a.O; Schmidt-Rimpler, Nipperdey-Festschrift, S. 1ff; AcP 147, 130ff; Tasche : JJ 90, 101; Raiser : JZ 1958, 1; Festschrift Deutscher Juristentag, S. 101ff; Flume, ebenda, S. 135ff; Rittner, HDSW, Bd.11, S.263ff.

Es würde im Rahmen dieser Arbeit zu weit führen, das im einzelnen näher auszuführen, deshalb soll eine mögliche Begründung nur in Umrissen aufgezeigt werden.

Rechtsgeschäftliche Schuldverhältnisse entstehen i.d.R. durch Vertrag. Es ist also von der Funktion und dem Geltungsgrund des Vertrages als Rechtsvoraussetzung für das Vertrags=verhältnis auszugehen. Die Verbindlichkeit der von den Parteien gesetzten Ordnung kann nicht aus der Autonomie des Willens abgeleitet werden¹⁾; der Wille als Selbstgesetzgeber schließt wohl von vornherein eine Verpflichtung durch fehlerhafte Rechtsgeschäfte aus. Die Verbindlichkeit ergibt sich vielmehr aus dem Gesetz, das die Setzung von Ordnungen durch den einzelnen in bestimmten Grenzen sanktioniert²⁾. Hinter dieser Sanktion steht die Entscheidung des Gesetzes für die Privatautonomie, d.h. für ein Recht auf Selbstgestaltung von Ordnungen.

Was ist aber nun der materielle Grund für die Entscheidung zugunsten der Privatautonomie? Er kann in der Richtigkeits=gewähr der Privatautonomie, speziell des Vertrages als Instrument der Privatautonomie gesehen werden. Durch den Vertrag soll menschliches Zusammenleben richtig, d.h. gerecht geordnet werden. Die Rechtsfolge, das verbindliche Vertrags=verhältnis, wird als Sachverhalt des Gemeinschaftslebens vom Recht für richtig gehalten, weil in der Rechtsvoraussetzung, dem Vertrag, ein Grund für ihre Nichtigkeit liegt³⁾. Man kann zwar Zweifel daran haben, daß ein fehlerfreier Vertragsschluß mit Rücksicht auf das gegenseitige Nachgeben immer eine gerechte Ordnung im umfassenden Wortsinn schafft. Insbesondere

1) So aber z.B. Larenz, Geschäftsgrundlage, S. 161ff. Weitere Nachweise bei Pawlowski S. 169 Note 49.

2) Rittner, a.a.O.; Raiser, a.a.O., S. 115.

3) Schmidt-Rimpler : AcP 147, 130ff, 149ff, Nipperdey-Festschrift, S. 5ff; Lehmann : JJ 90, 142; NJW 1958, 3; Reinhardt, Schmidt-Rimpler-Festschrift, S. 116; Blomeyer : AcP 154, 527, 529; Brox S. 88, 123; v.Hippel, Privatautonomie, S.63. Der Wille hat danach also keine rechtsbestimmende Kraft, sondern nur eine Tatbestands=wirkung. Daß er gleichwohl unter normalen Umständen der Grund ist, der die Richtigkeit der Rechtsfolgen verbürgt,

würden die Richtigkeitsgesichtspunkte, die nicht die Verhältnisse der Beteiligten betreffen, häufig nicht beachtet¹⁾. Gleichwohl ist die Willenseinigung regelmäßig Ausgleich entgegengesetzten Interessen im Sinne des Richtigen und enthält insoweit das Prinzip der ausgleichenden Gerechtigkeit²⁾. Mit dieser Einschränkung kann man sagen, daß der Vertrag im Falle seines fehlerfreien Zustandekommens unter den Beteiligten eine gerechte Ordnung schafft.

An dieser Garantie fehlt es jedoch, wenn der Vertrag fehlerhaft ist. Die Bestimmungen über die Nichtigkeit und Anfechtbarkeit sind also Ausdruck dafür, daß ein Versuch richtiger Ordnung mißglückt ist. Die Gewähr für die Richtigkeit der gesetzlichen Rechtsfolgen ergibt sich normalerweise daraus, daß der Gesetzgeber bei Erlaß des Gesetzes die entgegenstehenden Interessen, jedenfalls in ihrer typischen Konstellation, gegeneinander abgewogen hat³⁾, so daß die gesetzliche Ordnung i.d.R. einen Interessenausgleich unter dem Gesichtspunkt der Gerechtigkeit darstellt. Das Recht nimmt in diesen Fällen den Beteiligten die Verantwortung für die Gestaltung ihrer Beziehungen ab.

Nun enthält das Prinzip der Privatautonomie richtiger Auffassung nach als Korrelat der Selbstbestimmung auch die Selbstverantwortung⁴⁾.

Beim fehlerfreien Rechtsgeschäft findet sie sich in der Bindung an die selbstgestaltete Ordnung, die mit der Formel

berücksichtigt Flume, a.a.O., S. 142ff bei seiner Kritik der Lehre Schmidt-Rimplers zu wenig.

- 1) Vgl. Schmidt-Rimpler, Nipperdey-Festschrift, S. 6.
- 2) Larenz, Schuldrecht I, § 5.
- 3) Schmidt-Rimpler : AcP 147, 141ff, 168ff.
- 4) Flume, a.a.O., S. 159f Bydlinski, Privatautonomie und objektive Grundlagen des verpflichtenden Rechtsgeschäftes, S. 59f ; ähnlich auch Raiser a.a.O. S. 123. Raiser, a.a.O., S. 124 bejaht das Vorliegen eines Vertrages noch dann, wenn für die Parteien die Freiheit bestand, sich auf Beziehungen dieser Art faktisch einzulassen und sie ihr Handeln bewußt danach eingerichtet haben und wenn daraus eine rechtliche Bindung der Parteien abgeleitet werden muß.

'pacta sunt servanda' ausgedrückt ist. Das Prinzip der Selbstverantwortung kann jedoch heute auch auf die fehlgeschlagenen Rechtsgeschäfte übertragen werden. Während dem BGB ursprünglich der Gedanke : "Ich bin frei. Alle anderen sind auch frei," zugrunde liegt¹⁾, wird heute die Verantwortlichkeit des einzelnen stärker betont. Indem der andere Teil nicht mehr als Vertragsgegner, sondern als Vertragspartner gesehen wird, wird der Pflichtgedanke als Korrelat jeder Berechtigung in vermehrtem Maße anerkannt²⁾.

Wenn nun nachgewiesen werden kann, daß die genannten hoheitlichen Mittel wegen der besonderen Art der entstandenen Beziehung versagen, also keine gerechte Ordnung schaffen, und der Maßstab der gerechten Ordnung die Anerkennung eines vertraglichen Rechtsverhältnisses erfordert, so erscheint dies nach den obigen Überlegungen möglich. Unter dem Prinzip der Verantwortung bei der Selbstgestaltung von Ordnungen, abgeleitet aus der Privatautonomie, können den Beteiligten grundsätzlich³⁾ der Abschluß des fehlerhaften Vertrages, sowie die auf fehlerhafter Grundlage erfolgenden Vollzugsakte als rechtsgeschäftliches Handeln zugerechnet werden⁴⁾⁵⁾.

-
- 1) Vgl. F.v.Hippel, Zum Aufbau unseres Privatrechts, S. 46.
 - 2) Vgl. v.Hippel, a.a.O., S.52 Anm. 48. Siehe auch Wieacker, Sozialmodell, S. 18ff, der zu dem Ergebnis kommt, daß dem BGB ein neues Sozialmodell unterlegt worden ist. Diese veränderte Rechtsanschauung zeigt sich in immer stärkerer Erfüllung des Gebots des § 242 BGB durch die Rechtsprechung. Weiter sind zu nennen : die Anerkennung von Verhaltenspflichten unter dem Gesichtspunkt der culpa in contrahendo (vgl. dazu unten S. 84 Note 1) die Ausarbeitung einer Vertrauenstheorie bei der Auslegung von Willenserklärungen, die Lehre von der Geschäftsgrundlage am. Vgl. zu diesen Fragen auch Beckmann S. 65ff.
 - 3) Dabei ist bei der Anerkennung als Schuldverhältnis natürlich auf den rechtspolitischen Zweck der jeweiligen Fehlerlernorm Rücksicht zu nehmen. Dieser Zweck kann es erfordern, das Bestehen eines Gesellschaftsverhältnisses entweder insgesamt oder aber im Hinblick auf einzelne Beteiligte abzulehnen. Vgl. dazu unten S. 106ff .
 - 4) Da Schmidt-Rimpler dieses Moment der Verantwortung bei der rechtsgeschäftlichen Betätigung nicht berücksichtigt, fällt die fehlerhafte Gesellschaft bei ihm aus dem Rahmen der rechtsgeschäftlichen Schuldverhältnisse. Er bezeichnet die faktischen Vertragsverhältnisse ausdrücklich als gesetzliche Schuldverhältnisse (AcP 147, 196).
 - 5) Im Ergebnis ähnlich wie hier auch Hefermehl bei Soergel-Siebert Anm. 31,35 vor § 116. Vgl. auch Beckmann S. 52ff.

Zur damit theoretisch möglichen Anerkennung eines Schuldverhältnisses ist in methodischer Hinsicht erforderlich, daß die Existenz einer Gesetzeslücke nachgewiesen wird. Auch eine Beschränkung der Nichtigkeitsfolgen durch eine Umbildung der gesetzlichen Regelung gegen die ausdrückliche Wertung des Gesetzes, etwa mit Rücksicht auf die Natur der Sache oder ein höherwertiges rechtsethisches Prinzip, wäre möglich, aber nicht unproblematisch¹⁾.

Das Gesetz ist notwendig lückenhaft. Die Mannigfaltigkeit der Interessenlagen entzieht sich einer erschöpfenden Regelung durch den Gesetzgeber. Eine Lücke liegt aber nicht bereits vor, wenn eine bestimmte Rechtsfolge nach einem außer=gesetzlichen Maßstab unzweckmäßig erscheint²⁾; dann handelt es sich lediglich um einen Fehler des Gesetzes im rechts=politischen Sinn. Der Wertmaßstab, an dem das Gesetz gemessen wird, muß in ihm selbst liegen. Eine Lücke besteht daher nur, wenn eine Regel fehlt, "deren Vorhandensein nach dem Grundgedanken und der immanenten Teleologie des Gesetzes" erwartet werden kann, also eine planwidrige Unvollständigkeit vorliegt³⁾

-
- 1) Die Befugnis zur Rechtsfortbildung 'contra legem' wird allgemein nur für den Fall des Rechtsnotstandes bejaht. Vgl. zu diesem Problemkreis : Flume, Verhandlungen des 46. DJT, Bd. II, S. K 20ff; Larenz : NJW 1965, 1; Methodenlehre, S. 303ff; Stein : NJW 1964, 1748; Merz : AcP 163, 335; siehe auch BGHZ 3, 315; 4, 157; BSG 2, 168; 6, 211.
Larenz, Methodenlehre, S. 299 neigt dazu, in der Anerkennung der fehlerhaften Gesellschaft eine Umbildung des Gesetzes gemäß der nicht genügend berücksichtigten Natur der Sache zu sehen. Es ist zuzugeben, daß die Grenzen flüssig sind.
- 2) So aber Binder, Philosophie des Rechts, S. 984, wenn er sagt : "Eine Lücke im Recht liegt vor, wenn eine durch unsere gegebenen sozialen und wirtschaftlichen Verhältnisse objektiv begründete Forderung an das Recht in ihm keine Erfüllung findet".
- 1) Larenz, a.a.O., S. 283; Canaris S. 39. Ähnlich auch Englisch S. 135ff (138).

Prüft man das Gesetz in diesem Sinne, so scheint für die fehlerhafte Gesellschaft keine Lücke zu bestehen, da die Abwicklungsregeln des BGB eingreifen. Eine Lücke liegt aber nicht nur vor, wenn es an einer positiven Regelung mangelt - offene Gesetzeslücke -, sondern auch beim Fehlen einer negativen Regelung, wenn also die Einschränkung einer allgemeinen Regelung vermißt wird - verdeckte Gesetzeslücke¹⁾).

Welche Indizien²⁾ sprechen nun für die Existenz einer planwidrigen Unvollständigkeit ?

Die Möglichkeit des Fehlens einer planvollen Regelung ergibt sich allein schon daraus, daß die Personalgesellschaft rechtshistorisch aus zwei Quellen stammt, der römischrechtlichen *societas* und der deutschrechtlichen Genossenschaft, und deshalb im Gesetz keine einheitliche Ausgestaltung erfahren hat³⁾.

Coing⁴⁾ folgert aus Äußerungen der BGB-Kommission für die zweite Lesung, daß die Regelung der §§ 119ff BGB für die fehlerhafte vollzogene Gesellschaft gar nicht berechnet gewesen sei. Die Kommission war der Ansicht, die Möglichkeit, daß der Irrtum erst lange Zeit nach Erfüllung entdeckt werde, bedürfe keiner besonderen Regelung. Etwa entstehende Schwierigkeiten und Härten, die sich daraus ergeben könnten, daß ein Ausgleich in Geld dem anderen Teil keine Deckung gewähre, müßten in diesen seltenen Fällen in Kauf genommen werden⁵⁾.

Diese Ausführungen, die sich nur auf die Verkehrsgeschäfte beziehen, zeigen, daß der Fall der fehlerhaften vollzogenen Gesellschaft nicht ins Auge gefaßt worden ist.

-
- 1) Terminologie nach Larenz, Methodenlehre, S. 283f.
 - 2) Bei der Lückenfeststellung handelt es sich nicht um einen formallogischen Schluß, sondern um eine "Wert- und Willensentscheidung", Esser, Grundsatz und Norm, S. 252 Note 56.
 - 3) Wieacker, *Societas*, S. 13f; *Privatrechtsgeschichte*, S. 483; Hübner, *Privatrecht*, S. 166ff.
 - 4) Coing bei Staudinger Anm. 23 a.E. und 24 vor § 116 BGB.
 - 5) Protokolle der Kommission für die 2. Lesung des Entwurfs des BGB I, S. 107.

Ein weiteres Indiz dafür, daß das Gesetz im Gegensatz zu seinen eigenen Wertentscheidungen die fehlerhafte Gesellschaft nicht ihrer Eigenart entsprechend geregelt hat, findet sich im folgenden :

Das Recht kann an der Existenz des tatsächlichen Gemeinschaftsverhältnisses nicht ohne weiteres vorübergehen oder sie gar leugnen¹⁾. Daraus folgt nicht, daß die tatsächlichen Umstände von sich aus Rechtsfolgen hervorbringen können; es besteht aber ein Bedürfnis nach Anpassung von Faktischem und Normativem²⁾, d.h. soziale Vorgänge von gewisser Bedeutung müssen ihrem spezifischem Sinngehalt gemäß, der schon in der Lebenswirklichkeit vorgegeben ist, rechtlich konkretisiert werden.

Dieser Forderung des Seins an das Sollen hat das Gesetz bei der Regelung einer Reihe von Gemeinschaftsverhältnissen - im weitesten Sinne - auf fehlerhafte Grundlage Rechnung getragen. Als Beispiel seien die Regelung der nichtigen und aufhebbaren Ehe in den §§ 16ff EheG und die Behandlung der nichtigen Aktiengesellschaft in den §§ 275-277 AktG genannt³⁾.

Es stellt nun einen Wertungswiderspruch innerhalb des Gesetzes dar, wenn die fehlerhafte Personengesellschaft der Ordnung der allgemeinen Nichtigkeitsregelung des BGB unterliegt, die in keiner Weise das soziale Phänomen 'fehlerhafte Gesellschaft' in seinem spezifischen Sinngehalt erfaßt. Eine Vielzahl sich überschneidender Ansprüche aus ungerechtfertigter Bereicherung, Eigentum und Geschäftsführung ohne Auftrag vermögen dem entstandenen Organismus nicht die ihm adäquate rechtliche Gestalt zu geben.

1) BGHZ 3, 291.

2) Dazu ausführlich Brox S. 225ff.
Im größeren Rahmen gesehen, handelt es sich um das Bedürfnis, die Natur der Sache zu berücksichtigen.

3) Es würde in diesem Zusammenhang zu weit führen, dies im einzelnen näher aufzuzeigen. Deshalb soll dieser Hinweis genügen. Diese Argumentation kommt der Auffassung Sieberts in Faktische Vertragsverhältnisse, S. 48ff nahe, der aus § 346/2 BGB auf einen gesteigerten Bestandsschutz der Dauerschuldverhältnisse schließt.

Noch eine weitere Überlegung, die mit der vorhergehenden eng verwandt ist, spricht für das Vorliegen einer verdeckten Gesetzeslücke. Die vom Gesetz bei Nichtigkeit eines Rechtsgeschäfts zur Verfügung gestellten Mittel, um eine Rückabwicklung der vollzogenen Güterbewegung zu gewährleisten, versagen bei der vollzogenen fehlerhaften Gesellschaft praktisch völlig¹⁾. Sachenrechtliche wie schuldrechtliche Verhältnisse werden im Laufe der Zeit immer weniger durch die auf überschaubare Austauschverträge zugeschnittenen allgemeinen Ausgleichsregeln entwirrbar. Man kann daher mit Erman²⁾ sagen, daß die Anwendung der Nichtigkeitsgebote hier sowohl gegen die Ordnungs- wie die Gerechtigkeitsfunktion des Rechts verstoßen würde, das Fehlen einer Einschränkungsnorm also eine planwidrige Unvollständigkeit darstellt. Weder wird durch die Nichtigkeitsregeln eine zufriedenstellend klare Ordnung geschaffen, noch fördern sie wegen ihrer Unzulänglichkeit ein gerechtes Ergebnis³⁾. Es ist auch nicht so, daß eine Behandlung nach Bereicherungsrecht stets im Interesse des benachteiligten Gesellschafters und eine Behandlung nach gesellschaftsrechtlichen Grundsätzen stets im Interesse der übrigen Beteiligten liegt. Nur wenn eine Verpflichtung zu gesellschaftsmäßigem Verhalten besteht, hat der benachteiligte Gesellschafter z.B. die Gewähr, daß ein Schädiger für gesellschaftswidriges Verhalten zur Rechenschaft gezogen werden kann. Nur die Anwendung der gesellschaftlichen Regeln schafft die Voraussetzung, daß die im Unternehmen steckenden Werte so gewinnbringend wie möglich realisiert werden.

-
- 1) Vgl. die ausführliche Darstellung der bei Anwendung der allgemeinen Grundsätze des BGB entstehenden Schwierigkeiten bei Ruland S. 4-45.
 - 2) Erman S. 53ff, insbesondere S. 62f.
 - 3) Zur Gerechtigkeitsfunktion des Rechts vgl. oben S. 55 .

Damit kann vom Bestehen einer Gesetzeslücke ausgegangen werden¹⁾, die, wie bereits festgestellt, aufgrund objektiver Zweck- und Gerechtigkeiterwägungen durch Annahme eines Schuldverhältnisses ausgefüllt werden kann.

b1) Umfang des Bestandschutzes der fehlerhaften OHG

Auf dieser Grundlage kann nun die Ausgangsfrage entschieden werden, ob auch bei der fehlerhaften Gesellschaft eine willentliche Unterordnung des einzelnen Gesellschafters unter das Gemeinschaftsinteresse angenommen werden kann, so daß ein Gesellschafter wegen eines in seiner Person liegenden Vertragsfehlers ausgeschlossen werden könnte²⁾.

Beantwortet man diese Frage allein unter dem Gesichtspunkt, daß die fehlerhafte Gesellschaft - unserer Ansicht nach - ein rechtsgeschäftliches Phänomen ist, so könnte sie bejaht werden. Da wir den Beteiligten ihre Willensbetätigung beim Abschluß und Vollzug des Gesellschaftsvertrages unter dem aus der Privatautonomie abgeleiteten Grundsatz der Verantwortung bei der Selbstgestaltung von Ordnungen zurechnen, wäre es grundsätzlich möglich, die für die Anwendung des § 140 HGB notwendige willentliche Unterordnung - die Unterwerfung - anzunehmen.

Dabei bliebe aber unberücksichtigt, daß wir nur deshalb das Bestehen eines rechtsgeschäftlichen Schuldverhältnisses bejahen konnten, weil die eigentlich entgegenstehende gesetzliche Wertung als nicht verbindlich erkannt wurde, weil eine Gesetzeslücke besteht.

-
- 1) Und zwar handelt es sich um eine anfängliche, unbewußte, verdeckte Regelungslücke.
Zur Terminologie vgl. Larenz, Methodenlehre, S.279ff.
 - 2) Wenn man das Schwergewicht auf die Macht des Gesellschafters legt, die übrigen Beteiligten durch seine Auflösungsbefugnis zur Erhebung der Ausschlußklage zu zwingen, kann man auch sagen, daß an die Stelle des Rechts auf Liquidationsteilnahme nur ein Austrittsrecht tritt.

Eine Ausschließbarkeit aufgrund eines Vertragsfehlers würde nun bedeuten, daß die Interessen des durch die Fehlernorm geschützten Gesellschafters auch für die Zukunft nur teilweise berücksichtigt werden, da ihn, wie gezeigt, bei einem Ausscheiden mehr Rechtswirkungen seines ehemaligen Status als Gesellschafter treffen als bei einer Teilnahme an der Liquidation. Es fragt sich also, ob der Grundsatz, nur durch fehlerfreie Rechtsgeschäfte gebunden zu werden, in dieser Weise auch für die Zukunft noch eingeschränkt werden darf, ob also auch noch insoweit eine Gesetzeslücke besteht.

Bei einer Ausschließbarkeit aufgrund eines Vertragsfehlers würde der gesetzlichen Wertung für die Zukunft wenigstens teilweise Rechnung getragen. Die Tatsache der fehlerhaften Willensbildung wirkt sich durch das Ausscheiden des Gesellschafters aus, das er aufgrund des ihm zustehenden Auflösungsrechtes erzwingen kann.

Es ist auch nicht zu leugnen, daß die hier untersuchte Lösung oft zu wirtschaftlich ausgewogeneren Ergebnissen führen wird. Vom wirtschaftlichen Standpunkt aus erscheint es nicht immer gerechtfertigt, eine funktionierende Gesellschaft zu vernichten, nur um für einen einzelnen nachteilige Wirkungen eines ehemaligen gesellschaftlichen Status zu vermeiden. Die bevorzugte Behandlung des einzelnen gegenüber der Gemeinschaft auf Kosten ihrer Existenz entspricht nicht in allen Fällen der wirtschaftlichen und sozialen Wertigkeit der beiderseitigen Interessenpositionen. Dieses Argument ist jedoch in unserem Zusammenhang unzulässig. Das Gesetz würde dann an einem Maßstab gemessen, der nicht in ihm selbst liegt. 'Eine durch unseren gegebenen sozialen und wirtschaftlichen Verhältnissen objektiv begründete Forderung an das Recht (Binder)' vermag eben keine Gesetzeslücke offenzulegen, sondern lediglich einen Fehler *de lege ferenda* aufzudecken. Eine Gesetzeslücke würde nur bestehen, wenn die Ablehnung der Ausschließbarkeit gegen den Grundsatz der möglichsten Anpassung von Faktischem und Normativem oder gegen die Ordnungs- und Gerechtigkeitsfunktion des Rechts verstoßen würde. Keines der beiden Prinzipien rechtfertigt aber eine Abkehr von der gesetzlichen Wertung

auch für die Zukunft, sei es auch nur in beschränktem Umfang.

Der Ordnungsfunktion ist mit der Anerkennung eines Gesellschafts=verhältnisses für die Vergangenheit Genüge getan. Die Frage der Ausschließbarkeit liegt auf einer anderen Ebene, sie berührt sich nicht mit der Forderung, eine zweckmäßige Ordnung zu schaffen. Ist ein Ausschluß nicht möglich, wird die Gesell=schaft also aufgelöst, so steht dafür die Ordnung der Liqui=dationsvorschriften zur Verfügung.

Die Anpassung des Faktischen an das Normative darf nur so weit gehen, wie die besondere Art der entstandenen Beziehung es erfordert. Aus dem Wesen der Gesellschaft kann, wie gezeigt¹⁾, nicht die Folgerung gezogen werden, daß die Stärkung und Erhaltung der Gemeinschaft schlechthin ein den Interessen des einzelnen vorrangiger Wert ist. Nach der Konzeption des Gesetzes, von der hier ausgegangen werden muß, ist die Gesell=schaft eine aus Zweckmäßigkeitsgründen erfolgte Personenzu=sammenfassung; das Unternehmensinteresse, damit letztlich ein privates Interesse, ist mithin seinem Charakter nach nicht generell höherwertig als ein entgegengesetztes Einzelinteresse. Daraus folgt : Die gesetzliche Wertentscheidung in den Anfechtungs- und Nichtigkeitsbestimmungen des BGB, daß die Person grundsätzlich nur durch fehlerfreie willentliche Selbstgestaltung gebunden werden soll, und das Prinzip der möglichststen Anpassung von Faktischem und Normativem, d.h. der Anpassung der gesetzlichen Regeln an die besondere Art der entstandenen Beziehung, stehen hier nicht miteinander in Konflikt. Dieses Prinzip kann deshalb keine Einschränkung der gesetzlichen Entscheidung über den aufgezeigten Rahmen hinaus herbeiführen.

Die Ablehnung der Ausschließbarkeit verstößt schließlich auch nicht gegen die Gerechtigkeitsfunktion des Rechts. Ein solcher Verstoß läge nur dann vor, wenn insofern ein Wertungswiderspruch innerhalb des Gesetzes bestehen würde. Das ist jedoch, wie

1) Vgl. oben S. 11ff.

gezeigt, nicht der Fall, da das Gesetz keinen institutionellen Bestandsschutz der Gesellschaft kennt.

Eine Gesetzeslücke besteht also nur im Hinblick auf die fehlende Anerkennung eines Gesellschaftsverhältnisses für die Vergangenheit. Es muß unserem Recht die verbindliche Wertung entnommen werden, daß das Vertrauensinteresse der Vertragspartner, die Gesellschaft werde auch für die Zukunft Bestand behalten, hinter dem Interesse des durch die Nichtigkeitsnorm Geschützten, für die Zukunft nur durch fehlerfreie willentliche Selbstgestaltung gebunden zu werden, zurücktreten muß. Der Gesetzgeber hat die Interessen der Erklärungsgegner insofern gesehen und nur in beschränktem Umfang berücksichtigt¹⁾.

Ein Gesellschafter kann daher nicht wegen eines in seiner Person liegenden Vertragsfehlers ausgeschlossen werden.

Der benachteiligte Gesellschafter hat es damit grundsätzlich in der Hand, die gesamte Gesellschaft aufzulösen.

Anders könnte es sein, wenn der Gesellschaftsvertrag für den Fall, daß ein Gesellschafter kündigt, die Fortsetzung der Gesellschaft durch die übrigen Gesellschafter vorsieht, also eine Fortsetzungsklausel enthält. Der kündigende Gesellschafter macht dann lediglich ein Austrittsrecht geltend. Es ist zu überlegen, ob der in dieser Vereinbarung liegende Verzicht auf die Teilnahme an der Liquidation auch bei der Geltendmachung eines Vertragsfehlers in der fehlerhaften OHG wirksam ist²⁾.

Die Ordnung innerhalb der fehlerhaften OHG bestimmt sich grundsätzlich nach der selbstgesetzten Regelung³⁾. Dies gilt jedoch nicht hinsichtlich der Teile des Vertrages, die vom

1) Brox S. 232.

2) Bejahend Brox S. 250f, allerdings mit der nicht haltbaren Begründung, für den benachteiligten Gesellschafter bedeute es keinen Unterschied, ob er allein ausscheide, oder ob die Gesellschaft aufgelöst werde.

3) Siehe unten S. 85 .

Vertragsfehler erfaßt sind. Ist also die Fortsetzungsklausel mangelbehaftet, ist der Verzicht wirkungslos; das Auflösungsrecht besteht dann uneingeschränkt.

Ist die Klausel dagegen für sich gesehen fehlerfrei, so ist zu überlegen, ob der eigentlich nicht erfaßte Fall - die Geltendmachung eines Vertragsfehlers - der Vertragsregelung unterstellt werden kann.

Die Interessenposition des benachteiligten Gesellschafters und der übrigen Beteiligten ist derjenigen im Fall der Auflösung einer fehlerfreien Gesellschaft im wesentlichen ähnlich. Im Wege einer ergänzenden Vertragsauslegung wird man in der Regel dazu gelangen können, daß der Vertragsfehler, ebenso wie ein wichtiger Grund¹⁾, nur zu einem Austrittsrecht führt. Dies gilt jedenfalls für die Vertragsfehler, die in der Person des benachteiligten Gesellschafters liegen. Besondere Härten entstehen für den ausscheidenden Gesellschafter nicht. Fehlerhafte Vertragsbestimmungen, die die Folgen des Ausscheidens nachteilig gestalten würden - z.B. eine Abfindung zum Nennwert der Kapitalbeteiligung - sind zu berichtigen²⁾.

Ebenso besteht bei einer fehlerhaften Beitrittserklärung zu einer bestehenden fehlerfreien Gesellschaft materiell lediglich ein Austrittsrecht dieses Gesellschafters. Da, konstruktiv gesehen, ein fehlerhaftes Gesellschaftsverhältnis nur zwischen dem Beitretenden und der gesunden Restgesellschaft existiert, wirkt das Auflösungsurteil nicht innerhalb der fehlerfreien Ursprungsgesellschaft³⁾.

-
- 1) Anders wird es zu bewerten sein, wenn eine Fortsetzung nur für den Fall einer normalen Kündigung vorgesehen ist, Hier kann die Vertragsregelung wohl nicht auf die Geltendmachung eines Vertragsfehlers übertragen werden.
 - 2) Siehe dazu unten S. 87 .
 - 3) So Hueck, Recht der OHG, S. 72. Im Ergebnis wohl auch Erman S. 35; Fischer : NJW 1955, 850; Ganssmüller : NJW 1956, 698; Weipert § 105 Anm. 79; Westermann, Handbuch, RZ 756, die aber lediglich darauf hinweisen, daß im Fall des fehlerhaften Beitritts eine besondere Alternative der fehlerhaften Gesellschaft vorliege.

Fraglich ist, ob die übrigen Gesellschafter von sich eine Auflösung des Gesellschaftsverhältnisses mit dem fehlerhaft beigetretenen Gesellschafter herbeiführen können¹⁾. Soweit nicht auch ihre Aufnahmeerklärung fehlerbehaftet ist, muß das verneint werden, da ihnen nach den allgemeinen Grundsätzen, die über die Auswirkung eines Vertragsfehlers bei der fehlerhaften OHG entwickelt worden sind, ein Auflösungsrecht nicht zusteht. Es besteht für die übrigen Gesellschafter auch kein Bedürfnis, die Verbindung mit dem später eingetretenen Gesellschafter von sich aus zu lösen. Erklärt sich der Gesellschafter einverstanden mit dem Verbleiben in der Gesellschaft, wird der fehlerhafte Beitritt geheilt²⁾. Die weitere Mitgliedschaft benachteiligt die übrigen Gesellschafter nicht, da sie zu einer Vertragsänderung nicht verpflichtet sind³⁾.

II. Person des Verursachers des Vertragsfehlers

Wie dargelegt, kann der fehlerhaft erklärende Gesellschafter nicht wegen des in seiner Person liegenden Anfechtungs- oder Nichtigkeitsgrundes ausgeschlossen werden. Es bleibt die Frage, ob der Gesellschafter ausgeschlossen werden kann, der die Ursache für die Fehlerhaftigkeit der Erklärung des einen oder

-
- 1) Bejahend Hueck a.a.O.; Staudinger-Keßler § 705 Anm. 122; Schlegelberger-Geßler § 105 Anm. 62n.
 - 2) Zu den verschiedenen Möglichkeiten der Heilung, siehe oben S. 21ff.
 - 3) In Ausnahmefällen mögen die übrigen Gesellschafter aufgrund ihrer Treupflicht zu Vertragskorrekturen verpflichtet sein. Als Beispiel kann folgender Fall dienen: Ein notleidendes Gesellschaftsunternehmen soll mit Hilfe der Einlage eines neu eintretenden Gesellschafters saniert werden. Dabei irrt sich der Eintretende über das Wertverhältnis zwischen seiner Einlage und dem vorhandenen Gesellschaftsvermögen, so daß seine Gewinnbeteiligung zu gering angesetzt wird. Stellt sich später, nachdem das Unternehmen wieder floriert, der Irrtum des Gesellschafters heraus, müssen die übrigen Gesellschafter zumindest dann einer Berichtigung der Gewinnbeteiligung zustimmen, wenn sie den Gesellschafter auch bei einer entsprechend höheren Gewinnbeteiligung aufgenommen hätten.

des anderen gesetzt hat¹⁾. Es handelt sich dabei einmal um die Fälle, in denen ein Beteiligter in unzulässiger Weise auf den Willen anderer Beteiligter einwirkt, die Tatbestände der §§ 123, 138/II BGB und die Fälle des § 138/I BGB, in denen die Sittenwidrigkeit in dem Verhalten eines Beteiligten gegenüber einem anderen liegt. Als Verursacher des Vertragsfehlers kann aber auch der Gesellschafter angesehen werden, der Objekt eines Irrtums über die Eigenschaft eines Gesellschafters gemäß § 119/II BGB ist .

1. Fehlerverursachung eines Gesellschafters gegenüber allen anderen Gesellschaftern

Ob die Fehlerverursachung einen Ausschlußgrund darstellt, soll zunächst für den Fall untersucht werden, daß die Erklärung aller übrigen Gesellschafter fehlerhaft ist. Dabei wird unterstellt, daß kein wichtiger Grund i. S. des § 140 HGB vorliegt²⁾, die Gesellschafter aber aufgrund des Vertragsfehlers die Auflösungsklage erheben können. Es würde sich also um eine entsprechende Anwendung der Ausschlußvorschriften im Rahmen der fehlerhaften OHG handeln.

Macht ein Gesellschafter von seinem Auflösungsrecht Gebrauch, genügt die Tatsache der Fehlerverursachung für den dann nur in Frage kommenden Ausschluß zur Sicherung der Liquidation

1) Bejahend Ganßsmüller und Baedeker, siehe oben S. 32f .

2) Der Fall des wichtigen Grundes wird später untersucht.

In den meisten der hier in Frage kommenden Fälle wird allerdings ein wichtiger Grund vorliegen, so daß die hier unterstellte Konstellation ein wenig akademisch ist. Sind die Tatbestände der §§ 123, 138 BGB gegeben, werden die Voraussetzungen der §§ 140, 142 HGB immer erfüllt sein. Haben sich Gesellschafter dagegen gemäß § 119/II BGB über die Eigenschaft eines anderen Gesellschafters geirrt, braucht dessen weiteres Verbleiben in der Gesellschaft für sie nicht notwendig unzumutbar zu sein. Dieser Fall ist also in erster Linie von praktischem Interesse.

allerdings nicht. Bei einer fehlerfreien OHG sind bei einem solchen Ausschluß strenge Maßstäbe anzulegen. Der veränderte Zweck der Gesellschaft hat zur Folge, daß es nicht mehr auf die Person des einzelnen Gesellschafters ankommt¹⁾. Da die persönliche Vertrauensgrundlage nur noch eine weitgehend abgeschwächte Bedeutung hat, kann die Reaktion auf den Wegfall des Vertrauens nicht so scharf sein wie bei einer werbenden OHG. Es wäre nun nicht gerechtfertigt, diese Erschwerung der Ausschließbarkeit bei der fehlerhaften OHG in das Gegenteil zu verkehren. Da die Abwicklung nicht gefährdet ist, würde ein Ausschluß nicht dem Schutz der anderen Gesellschafter dienen, sondern zu einer Bestrafung des den Fehler verursachenden Gesellschafters führen. Das würde dem Zweck des Ausschlußinstituts widersprechen.

Ein Ausschluß könnte aber möglich sein, wenn die anderen Gesellschafter die OHG ohne den betreffenden Gesellschafter fortsetzen wollen. Da alle fortsetzungswilligen Gesellschafter wegen eines in der Person des auszuschließenden Gesellschafters liegenden Umstandes, der Fehlerverursachung, ein Auflösungsrecht haben, besteht eine gewisse Ähnlichkeit mit dem in § 140 HGB geregelten Fall. Es ist jedoch zu beachten, daß kein Umstand vorliegt, der eine Weiterführung des Unternehmens ohne den Ausschluß des Gesellschafters unmöglich oder unzumutbar machen würde. Der Gesellschafter hat weder ein Auflösungsrecht, da er nicht in den Schutzbereich der in Betracht kommenden Vertragsfehler einbezogen ist, noch liegt nach unserem Ausgangspunkt ein wichtiger Grund vor. Ein Ausschluß würde hier also nicht der Entfernung eines den Bestand der Gesellschaft gefährdenden Gesellschafters dienen, sondern zu

1) Siehe oben S. 3f .

Das zeigt sich z.B. darin, daß bei der Auflösung einer OHG durch den Tod eines Gesellschafters gemäß § 131 Nr.4 HGB dessen Erben voll in seine Gesellschafterstellung innerhalb der Liquidationsgesellschaft eintreten. Eine Erbfolge in eine weiterbestehende werbende OHG ist dagegen nur aufgrund der Zustimmung der übrigen Gesellschafter durch eine entsprechende Klausel im Gesellschaftsvertrag möglich.

einem Mittel umfunktioniert, das eine fehlerhafte Willensbildung ausgleicht. Unlösbarer Wertungswidersprüche wären die Folge.

Ein Beispiel mag dies verdeutlichen :

Es ist widersprüchlich, wenn ein Gesellschafter wegen einer schon bei Vertragsschluß vorhandenen Eigenschaft, die die anderen Gesellschafter nicht kannten - Irrtum gemäß § 119/II BGB - ausgeschlossen werden kann, dies jedoch wegen derselben Eigenschaft nicht möglich ist, falls sie erst nach Vertragsschluß entstanden ist. Im letzteren Fall liegt eine fehlerfreie OHG vor, so daß die Eigenschaft, um einen Ausschluß zu rechtfertigen, unbestreitbar einen wichtigen Grund darstellen muß.

Die wie bei § 140 HGB gegebene Auflösungsbefugnis aller übrigen Gesellschafter erweist sich damit als ein Sonderfall, der keinen Rückschluß auf eine analoge Anwendung der Bestimmung zuläßt. Ein Grund, den Ausschluß zu erleichtern, wenn die Gesellschaft fortgesetzt werden soll, besteht also ebensowenig wie bei geplanter Liquidation. Auch hier würde dies zu einer unzulässigen Bestrafung des den Fehler verursachenden Gesellschafters führen.

2. Fehlerverursachung gegenüber einem oder mehreren Gesellschaftern

Aus dem obigen Ergebnis folgt, daß der den Fehler verursachende Gesellschafter allein aufgrund dieses Umstandes - ohne daß ein wichtiger Grund vorliegt - erst recht nicht ausgeschlossen werden kann, wenn nur die Erklärungen eines Teils der übrigen Gesellschafter fehlerhaft sind.

Obwohl nicht ganz in den systematischen Zusammenhang gehörend, soll noch kurz untersucht werden, ob ein Ausschluß wenigstens dann gerechtfertigt ist, wenn die Fehlerverursachung gegenüber den fehlerhaft erklärenden Gesellschaftern einen wichtigen Grund darstellt.

Nun verlangt § 140 HGB, daß gegenüber jedem Gesellschafter ein wichtiger Grund i.S. des § 133 HGB in der Person des

Auszuschließenden bestehen muß¹⁾. Eine andere Auslegung würde weder der Wortfassung noch dem Sinn des § 140 HGB entsprechen. Die Formulierung : "... ein Umstand in der Person des Gesellschafters, der nach § 133 HGB für die übrigen Gesellschafter das Recht begründet, die Auflösung der Gesellschaft zu verlangen", besagt eindeutig, daß jeder Gesellschafter ein Auflösungsrecht haben muß. Andernfalls würde der Ausschluß nicht eine Reaktion der Gemeinschaft gegenüber einem kranken Glied sein, sondern er könnte zum Mittel werden, persönliche Streitigkeiten mit Hilfe der anderen Gesellschafter auszutragen. Nun hat z.B. ein Irrtum, der für den irrenden Gesellschafter einen wichtigen Grund darstellt, nicht notwendig zur Folge, daß auch für die übrigen Gesellschafter die weitere Zusammenarbeit mit dem Gesellschafter, der den Irrtum veranlaßt hat, unzumutbar ist. Die von § 140 HGB geforderte Auflösungsberechtigung aller Gesellschafter liegt in den hier untersuchten Fällen also nicht immer vor. Es besteht kein Grund von dieser bei der fehlerfreien OHG erforderlichen Voraussetzung bei der fehlerhaften OHG abzugehen. Es existieren insoweit keine Besonderheiten der fehlerhaften OHG, die einen solchen Schritt notwendig machten. Die oben geschilderte Gefahr, daß der Ausschluß zu einem Mittel wird, persönliche Streitigkeiten auszutragen, droht auch hier.

Auch bei der fehlerhaften OHG muß mithin für jeden Gesellschafter ein wichtiger Grund in der Person des auszuschließenden Gesellschafters bestehen.

D. Wichtiger Grund in der Person eines Gesellschafters als Ausschlußgrund

Die bisherigen Überlegungen haben gezeigt, daß die Besonderheiten der fehlerhaften OHG es nicht rechtfertigen, von den materiellen Voraussetzungen der §§ 140, 142 HGB abzugehen. Wie bei der fehlerfreien OHG kann der Ausschlußgrund also nur

1) Ritter § 140 Anm. 3; Schlegelberger-Geßler § 140 Anm. 9.

ein wichtiger Grund in der Person eines Gesellschafters sein.

Es gilt nunmehr zu untersuchen, welchen Einfluß die Fehlerhaftigkeit des Vertrages auf die so umgrenzte, grundsätzlich zu bejahende¹⁾ Ausschlussmöglichkeit hat. Zunächst soll allgemein geprüft werden, mit welchem Inhalt der Begriff des wichtigen Grundes bei der fehlerhaften OHG auszufüllen ist (I). Dann wird die Auswirkung des jeweiligen Vertragsfehlers auf die Ausschließbarkeit der einzelnen Gesellschafter untersucht (II).

I. Begriff und Inhalt des wichtigen Grundes

1. Rechtslage bei der fehlerfreien Gesellschaft

Um die bei der fehlerhaften OHG bestehende Problematik erkennen zu können, muß zunächst kurz auf den Begriff des wichtigen Grundes und seinen Inhalt im Bereich der fehlerfreien OHG eingegangen werden.

Das Gesetz gibt keine Definition dieses Begriffes, sondern nennt lediglich als Beispiel in § 133/II HGB die vorsätzliche oder grobfahrlässige Verletzung einer wesentlichen Verpflichtung und die Unmöglichkeit der Erfüllung einer solchen Verpflichtung²⁾. Eine genaue Definition, aus der jeweils für den Einzelfall eine Entscheidung abzuleiten wäre, ist auch nicht möglich. Es handelt sich um einen unbestimmten normativen Gesetzesbegriff von generalklauselartiger Weite³⁾. Die Vielzahl der möglichen Fallkonstellationen läßt sich nicht in einer

1) Die grundsätzliche Anwendbarkeit des Ausschlussinstituts bei der fehlerhaften OHG wurde bereits oben S. 35f geprüft und bejaht.

2) Diese Beispielsfälle gelten auch für § 140 HGB, da bei ihnen der Umstand in der Person des betreffenden Gesellschafters liegt.

3) Neben den unbestimmten und normativen Begriffen besitzen die Generalklauseln vom methodologischen Standpunkt keine eigentümliche Struktur. Vgl. zum Verhältnis dieser Begriffe zueinander Engisch S. 121f.

Zweifelsfragen ausschließenden Formel zusammenzufassen¹⁾.

Man kann deshalb lediglich definieren, indem man eine General=klausel durch eine andere, nur gering präzierte, ersetzt : Ein wichtiger Grund i.S. der §§ 140, 142 HGB ist jeder Umstand in der Person eines Gesellschafters, der es den übrigen Gesell=schaftern nach objektiver Beurteilung der gesamten Verhältnisse unzumutbar macht, die Mitgliedschaft dieses Gesellschafters weiter zu dulden.

Eine gewisse Systematisierung des Denkverfahrens, das zur Bejahung eines wichtigen Grundes im Einzelfall führt, kann durch die Unterscheidung von zwei Deduktionsstufen erreicht werden. Es muß einerseits festgestellt werden, ob ein Umstand in der Person eines Gesellschafters besteht, der die übrigen Gesellschafter daran hindert, den konkreten Gesellschaftszweck zu fördern. Andererseits müssen auch die Folgen des Aus=schlusses für den betreffenden Gesellschafter berücksichtigt werden. Das führt dazu, daß ein Ausschluß nur dann zulässig ist, wenn er das einzige Mittel ist, um die Gesellschaft wieder voll funktionsfähig zu machen. Es kann aber auch zur Folge haben, daß ein Ausschlußverlangen abgelehnt wird, ob=wohl der Ausschluß für die Gesellschaft eigentlich notwendig ist²⁾.

Diese zweite Deduktionsstufe soll hier noch nicht näher auf=geschlüsselt werden. Auf die in diesem Zusammenhang auftauchen=den Fragen wird bei der folgenden Einzeluntersuchung näher eingegangen. Hier soll nur geprüft werden, wie der positive Kern des wichtigen Grundes bei der fehlerfreien Gesellschaft ausgestaltet ist, um etwaige Besonderheiten bei der fehler=haften OHG erkennen zu können.

1) Vgl. dazu Scholz : SJZ 1949, 1ff.

2) Es handelt sich, wenn man so will, um den negativen Teil des wichtigen Grundes, da auf dieser Deduktionsstufe Um=stände berücksichtigt werden, die einen Ausschluß ver=hindern. Dementsprechend enthält die erste Deduktions=stufe den positiven Kern des wichtigen Grundes.

Die Umstände, die eine zweckmäßige Förderung des Gesellschaftszwecks verhindern, entspringen zum größten Teil einer Nichterfüllung oder Schlechterfüllung von Gesellschafterpflichten¹⁾. In einer fehlerfreien OHG bewegt man sich nun bei der Festlegung des Pflichtenkreises eines Gesellschafters auf relativ sicherem Gebiet. Grundlage ist der Gesellschaftsvertrag mit seinen ausdrücklich normierten Pflichten. Lücken werden durch die gesetzlich festgelegten Pflichten und durch die jeden Gesellschafter treffende allgemeine Treuepflicht, die sich im Einzelfall zu konkreten Pflichten verdichtet, geschlossen.

2. Die Ordnung innerhalb der fehlerhaften Gesellschaft

Diese sichere Basis besteht bei der fehlerhaften Gesellschaft nicht. Es ist zu klären, worauf sich die Ordnung in der fehlerhaften Gesellschaft gründet, ob sie in erster Linie der dispositiven gesetzlichen Regelung oder den von den Beteiligten getroffenen Vereinbarungen zu entnehmen ist. Weiter muß untersucht werden, worauf das Bestehen einer Treuepflicht gestützt werden kann.

a) Gesellschaftsvertrag oder dispositive gesetzliche Regelung.

Es herrscht heute weitgehend Übereinstimmung, daß innerhalb der fehlerhaften Gesellschaft Rechte und Pflichten wie in einer fehlerfreien Gesellschaft bestehen¹⁾. Nach dem Gesetz entstehen zwar primäre Leistungspflichten nur aus fehlerfreien Rechtsgeschäften. Wie gezeigt²⁾, sind wir aber

1) Vgl. z.B. : Hueck, Recht der OHG, S. 63; Erman S. 57, 73; Lehmann, Gesellschaftsrecht, S. 40; Siebert, Faktische Vertragsverhältnisse, S. 59; Baumbach-Duden § 105 Anm. 8F; Weipert § 105 Anm. 73; Schlegelberger-Geßler § 105 Anm. 620; Staudinger-Keßler § 705 Anm. 118; Soergel-Schultze-v.Lasaulx § 705 Anm. 78; Westermann, Handbuch, RZ 779; Haupt-Reinhardt S. 75; Beitzke S. 63; Fischer : NJW 1955, 852; NJW 1958, 971; Heymanns-Festschrift, S. 273; BGHZ 17, 167; Heymanns-Festschrift, S. 273; BGHZ 17, 167; BGH WM 1961, 420.

2) Vgl. oben S. 62ff.

berechtigt, sobald ein fehlgeschlagener Gesellschaftsvertrag vollzogen ist, die Entstehung eines Schuldverhältnisses mit primären Leistungspflichten anzunehmen. Zurechnungsgrund ist die rechtsgeschäftliche Betätigung der Beteiligten. Die Anknüpfung daran rechtfertigt sich aus dem Grundsatz der Verantwortung bei der Selbstgestaltung von Ordnungen¹⁾.

- 1) Eine Parallelerscheinung, die diesen Versuch einer dogmatischen Fundierung bestätigt, findet sich im Bereich der Verkehrsgeschäfte. Die auf negative Pflichten begrenzte Haftung aus dem Gesichtspunkt der culpa in contrahendo setzt sich, wenn es zu einem gültigen Vertragsschluß kommt, in dem dadurch begründeten Vertragsverhältnis fort. Sie besteht aber auch und gerade, wenn der Vertrag von vornherein nichtig war oder rückwirkend vernichtet wird. Das zeigt z.B. die gesetzliche Ausprägung der Haftung aus culpa in contrahendo in den §§ 307, 122 BGB. Auf die Vertrauenshaftung sind also die Grundsätze über Willensmängel usw. nicht anwendbar. Insofern besteht eine Ähnlichkeit mit der fehlerhaften vollzogenen Gesellschaft.
- Ballerstedt (AcP 151, 506ff) sieht in der Figur der culpa in contrahendo zu Recht einen Typus des Rechtsgeschäfts. Die haftungsbegründenden Tatbestände sind die konkrete Interessenverknüpfung und die Inanspruchnahme und Gewährung von Vertrauen. In ein wenig verwandelter Form haben wir hier die Elemente vor uns, die uns zur Annahme eines gesellschaftsrechtlichen Schuldverhältnisses führten. Die sich hier auf positive Pflichten erstreckende Haftung und die auf negative Pflichten beschränkte Haftung bei der culpa in contrahendo haben also eine Wurzel. Sie unterscheiden sich nicht dem Grunde, sondern nur dem Grade nach. Aufschlußreich ist in diesem Zusammenhang die Bemerkung Ballerstedts in AcP 151, 506: "Entscheidend dafür, ob und welche Pflichten entstehen, ist der Grad des Vertrauens, das gefordert und gewährt wird." Ballerstedt hat zwar in seiner Abhandlung nicht zum Problem der fehlerhaften Gesellschaft Stellung genommen, in konsequenter Fortführung würde der obige Satz aber besagen, daß bei besonders enger Interessenverknüpfung, wo das geforderte und gewährte Vertrauen entsprechend stärker ist, primäre Leistungspflichten entstehen können.
- Eine andere Auffassung vertritt Betti, Lehmann-Festschrift I, S. 258. Er sieht in der Anerkennung primärer Leistungspflichten und in der Anerkennung negativer Verhaltenspflichten einen Wesensunterschied. Letztere sind nach ihm nicht auf einen rechtsgeschäftlichen Tatbestand zurückzuführen, sondern stellen eine Form der Haftung aus unerlaubter Handlung dar.

Indem wir die fehlerhafte Gesellschaft als ein echtes rechtsgeschäftliches Schuldverhältnis mit wirklich bestehenden Pflichten ansehen, stehen wir im Gegensatz zu den Ansichten, die lediglich die Existenz eines Gesellschaftsverhältnisses mit Rechten und Pflichten der Beteiligten insoweit fingieren, als dies einer sachgerechten Abwicklung dienlich ist¹⁾. Damit hat der Pflichtenkreis eines jeden Gesellschafters eine sichere Grundlage, was insbesondere für die Frage der Ausschließbarkeit von praktischer Bedeutung ist. Die Existenz von relativen Pflichten führt zu Unsicherheiten, die hier vermieden werden.

Die Frage nach dem Inhalt der Ordnung innerhalb der fehlerhaften Gesellschaft muß nach dem Gedanken der größtmöglichen Richtigkeitsgewähr entschieden werden. Damit scheidet grundsätzlich ein Zurückgehen auf die dispositive gesetzliche Regelung aus. Zwar enthält auch sie eine unter Berücksichtigung der normalen Interessenlage geschaffene, 'richtige' Regelung. Hat man aber einmal ein Schuldverhältnis aufgrund rechtsgeschäftlicher Betätigung anerkannt, und wollten die Parteien die gesetzliche Regelung bewußt abändern, so muß die von ihnen gesetzte Ordnung möglichst weitgehend aufrechterhalten werden. Sie allein kann als die zwischen den Parteien richtige Regelung angesehen werden, sie enthält grundsätzlich die für die Parteien maßgebliche Interessenbewertung.

Das gilt jedoch nicht für die Teile des Vertrages, die vom Vertragsfehler erfaßt sind²⁾. Da sie keine gerechte Ordnung

1) So z.B. Larenz, Schuldrecht II, § 56 VII; Ruland S. 75, 91ff; wohl auch Schlegelberger-Geßler § 105 Anm. 62c.

Ruland baut seine gesamte Behandlung des Problems auf dem Grundsatz des *venire contra factum proprium* auf: Die Gesellschafter hätten ein tatsächliches Gemeinschaftsverhältnis aufgebaut. Es bedeute ein gegensätzliches Verhalten, wenn sie sich jetzt auf die allgemeinen Nichtigkeitsfolgen beriefen und damit das Einzelinteresse in den Vordergrund stellten. Als dogmatische Grundlage ist der Grundsatz des '*venire contra*' unbrauchbar, da er voraussetzt, daß die einzelnen Gesellschafter in Kenntnis des Fehlers gehandelt haben.
Gegen eine Fiktion der Pflichten auch Siebert, Faktische Vertragsverhältnisse, S. 59.

2) Dazu gehören nicht nur die direkt fehlerbehafteten

verkörpern, dürften sie, folgt man dem Grundgedanken der Privatautonomie¹⁾, eigentlich nicht gelten²⁾.

Nun scheint die beschränkte Geltung eines einheitlichen Rechtsgeschäfts der Bestimmung des § 139 BGB zu widersprechen, die davon ausgeht, daß nur abtrennbare, selbständige Teile eines Rechtsgeschäfts aufrechterhalten werden können, in allen anderen Fällen aber Gesamtnichtigkeit eintritt. Hat man jedoch anerkannt, daß in bestimmten Fällen trotz Nichtigkeit ein Schuldverhältnis besteht, so kann § 139 BGB in diesen Fällen nicht gelten.

Obwohl eine Gesamtgeltung des jeweiligen Gesellschaftsvertrages dogmatisch nicht begründet ist, wollte das Reichsgericht³⁾ und wollte anscheinend auch der Bundesgerichtshof⁴⁾ das Rechtsverhältnis unter den Beteiligten ganz nach dem fehlerhaften Vertrag beurteilen und einen Ausgleich durch Schadensersatzansprüche aus unerlaubter Handlung herstellen. Folgt man dieser Meinung konsequent, so würde der rechtspolitische Zweck der Fehlernormen, die dem Schutz der Beteiligten dienen, vereitelt werden können, da ein Schadensersatzanspruch nicht immer ein Gegengewicht bilden könnte. Das zeigt sich gerade im Hinblick auf einen potentiellen Ausschluß. Weigert sich ein Gesellschafter, eine z.B. durch arglistige Täuschung herbeigeführte Vertragsbestimmung zu erfüllen, so liegt darin bei Maßgeblichkeit des gesamten Vertrages eine Pflichtverletzung, auf die dann u.U. ein Ausschlußverlangen gestützt werden könnte. Ein offensichtlich unhaltbares Ergebnis, da sich der Ausschluß damit letztlich

Bestimmungen, sondern auch die für sich gesehen fehlerfreien Teile, die von den fehlerhaften Bestimmungen abhängig sind.

1) Siehe oben S. 64f.

2) So auch die weitaus h.M., siehe S. 83 Note 1.

3) RGZ 165, 205f.

4) BGHZ 13, 323. Es heißt hier in einem 'obiter dictum', eine Anerkennung der Gesellschaft sei wegen der dadurch entstehenden Verletzung schutzwürdiger Interessen dann ausgeschlossen, wenn bei arglistiger Täuschung usw. ein in die Auseinandersetzungsrechnung einzustellender Schadensersatzanspruch keinen genügenden Ausgleich ermögliche. In der Entscheidung BGHZ 47, 300 folgt der BGH dagegen der Meinung, die eine mangelhafte Vertragsbestimmung durch die angemessene Regelung ersetzt.

auf den Vertragsfehler gründete. Abgesehen davon ist zu berücksichtigen, daß ein Schadensersatzanspruch nur bei Vertragsfehlern, die einen Unrechtstatbestand darstellen, einen Ausgleich schaffen kann. Benachteiligungen aufgrund eines Formfehlers oder Dissenses blieben z.B. bestehen.

Es ist demnach erforderlich, die fehlerhaften Teile des Vertrages zu berichtigen. Gemäß unserem dogmatischen Ausgangspunkt ist dazu an den im Vertrag niedergelegten und damit verobjektivierten¹⁾ Parteiwillen²⁾ anzuknüpfen. Es muß unter sinn- und sachgemäßer Entfaltung des gedanklichen Gehalts des Vertrages und der von den Parteien erkennbar zugrunde gelegten "Wertungsgrundlagen"³⁾ ermittelt werden, welche Ordnung die Beteiligten bei Kenntnis des Vertragsfehlers und der tatsächlich eingetretenen Umstände redlicherweise hätten setzen müssen. Die erforderliche Vertragsberichtigung ist damit verwandt mit der ergänzenden Vertragsauslegung bei der Ausfüllung von Vertragslücken und der korrigierenden Vertragsauslegung beim Wegfall der Geschäftsgrundlage. Die Fallgestaltungen, bei denen diese Auslegungsarten eingreifen, unterscheiden sich zwar nicht unerheblich von der hier gegebenen Sachlage. Insbesondere findet der Richter dort ein Rechtsverhältnis auf gültiger Grundlage vor. Unter Beachtung der Unterschiede können die für die Vertragsauslegung entwickelten Grundsätze gleichwohl für die Vertragsberichtigung herangezogen werden. Kann die Vertragslücke auf diese Weise nicht geschlossen werden, ist auf die dispositive gesetzliche Regelung zurückzugreifen.

Der so berichtigte Vertrag bietet im Einzelfall eine hinreichende Grundlage für die Entscheidung über einen Ausschluß.

1) BGH NJW 1954, 874.
Larenz : NJW 1963, 739.

2) Es handelt sich also nicht allein um die Ermittlung des hypothetischen Parteiwillens, da auf die objektiven Regelungsgehalte des Vertrages zurückzugehen ist.

3) Begriffsprägung von Schmidt-Rimpler, Nipperdey-Festschrift, S. 10, 29.

b) Bestehen und Grundlage von Treuepflichten¹⁾

Da der ausdrücklich normierte Pflichtenkatalog nicht vollständig ist und sein kann, beruht die größte Zahl von Ausschließungen bei der fehlerfreien OHG auf einer Verletzung der allgemeinen Treuepflicht, die sich jeweils zu einer konkreten Handlungs- oder Unterlassungspflicht verdichtet hat. In eine allgemeine Formel gebracht, kann man den Inhalt der Treuepflicht folgendermaßen umschreiben : Jeder Gesellschafter ist verpflichtet, jede Schädigung der Gesellschaftsinteressen und der durch den Gesellschaftszweck umfaßten Interessen der Mitgesellschafter zu unterlassen und diese Interessen im Rahmen des Gesellschaftszwecks zu fördern.

Grundlage der Treuepflicht ist der Gesellschaftsvertrag. Er schafft die konkrete Rechtsbeziehung zwischen den Beteiligten, ohne die nur das jeden schützende Verbot der sittenwidrigen Schädigung bestehen würde. Die Treuepflicht ist nun zwar nicht der Art, wohl aber dem Maß nach von dem verschieden, was sonst Treu und Glauben im Schuldverhältnis verlangen²⁾. Die Anforderungen an den einzelnen sind erheblich erweitert. Das schuldrechtliche Element des Vertrages ist also nicht das Entscheidende. Entscheidend ist der Inhalt des Vertragsversprechens, den gemeinsamen Zweck zu fördern. Diese Zweckvereinigung führt zur Bildung einer Gemeinschaft mit enger persönlicher Verbundenheit der Beteiligten. Durch das Streben nach einem gemeinschaftlich gesteckten Ziel verzichtet jeder Gesellschafter zugunsten der Gemeinschaft auf einen Teil seiner Persönlichkeitssphäre³⁾. Aus dieser rechtlichen Eigenart des Vertrages ergibt sich, daß jeder Gesellschafter im Rahmen des gemeinsamen Zwecks sowohl der Gemeinschaft als auch dem einzelnen

-
- 1) Zum folgenden : Hueck, Hübner-Festschrift, 72; Treuegedanke im Privatrecht; Recht der OHG, S.139; Erman S. 89; Eichler S. 52; Ruland S. 91 und passim; Würdinger : DR 1935, 493; Zöllner S. 335; Lehmann, Gesellschaftsrecht, S. 79, 108; Haupt-Reinhardt S. 53; Staudinger-Keßler § 705 Anm.32 Düringer-Hachenburg-Geiler Anm.8,98; Weipert § 105 Anm.31.
2) Eichler S. 53; Hueck, Treuegedanke im Privatrecht, S.12; Larenz, Schuldrecht II, § 56 IIa.
3) O.v.Gierke, Genossenschaftstheorie, S. 471.

Mitglied Treue schuldet.

Soweit heute bei einem vollzogenen fehlgeschlagenen Gesellschaftsvertrag das Bestehen eines gesellschaftsrechtlichen Schuld- und Organisationsverhältnisses mit Rechten und Pflichten der Beteiligten anerkannt wird, bejaht man auch die Existenz der gesellschaftlichen Treuepflicht¹⁾. Sobald man eine tatsächlich bestehende Beziehung rechtlich anerkennt, ist diese Folgerung nicht nur eine Forderung der Sittlichkeit, sondern auch schlechthin lebensnotwendig, um die Gesellschaft funktionsfähig zu machen. Denn der Treuegedanke ist nicht etwa ein Ausfluß sentimentaler Rechtslyrik, sondern Forderung der Gesellschaftswirklichkeit. Wenn man, wie hier, in der fehlerhaften Gesellschaft ein rechtsgeschäftliches Phänomen sieht, kann die Existenz der Treuepflicht wie bei der fehlerfreien Gesellschaft aus dem Gesellschaftsvertrag abgeleitet werden²⁾.

Damit sind die dogmatischen Grundlagen für die sachlichen Voraussetzungen eines Ausschlusses aus der fehlerhaften OHG gegeben.

II. Umfang und Grenzen der Ausschließbarkeit aus der fehlerfreien OHG

Bevor geprüft werden kann, wie die Fehlerhaftigkeit des Vertrages die Ausschließbarkeit der einzelnen Gesellschafter beeinflusst, muß untersucht werden, in welchem Umfang ein Ausschluß aus der fehlerfreien OHG möglich ist. Auf dieser Grundlage kann dann geklärt werden, inwieweit mit Rücksicht auf den Zweck des jeweiligen Vertragsfehlers die Ausschließbarkeit eingeschränkt werden muß.

1) Siehe S. 83 Note 1 .

2) Inwieweit eine Anpassung an die Fehlerhaftigkeit zu erfolgen hat und wie sich das auf die Ausschließbarkeit der einzelnen Gesellschafter auswirkt, soll bei der folgenden Untersuchung mit berücksichtigt werden.

Die Frage nach dem Umfang der Ausschließbarkeit der fehlerfreien OHG ist im wesentlichen identisch mit der Frage nach dem möglichen Zweck eines Ausschlusses.

Bei der werbenden OHG dient der Ausschluß der Erhaltung des Unternehmens.

Die Ausschließung eines Gesellschafters ist grundsätzlich auch noch nach der Auflösung der OHG bis zum Eintritt der Vollbeendigung möglich. Das ist heute allgemein anerkannt¹⁾. Durch die Auflösung wird der Bestand der Gesellschaft nicht berührt, lediglich ihr Zweck ändert sich. Die Ausschlußklage hat eine Funktion, solange sich die Gesellschaft noch in der Abwicklung befindet. Da die OHG jederzeit wieder in eine werbende Gesellschaft zurückverwandelt werden kann, kann die Klage theoretisch sowohl der Unternehmenserhaltung wie der Sicherung einer ungestörten und sachgerechten Abwicklung dienen. Zwar wird in diesen Fällen der Ausschluß nicht "anstatt der Auflösung" ausgesprochen. Es besteht aber kein Grund anzunehmen, daß das Gesetz den Ausschluß im Liquidationsstadium für unzulässig erklären will. Es soll lediglich die im Normalfall bestehende Alternative aufgezeigt werden.

Während weitgehend Einigkeit darüber besteht, daß nach der Auflösung ein Ausschluß zum Zweck der Liquidationssicherung immer statthaft ist²⁾, ist dies für den Zweck der Unternehmenserhaltung umstritten.

1) Das Reichsgericht (RGZ 74, 62; JW 1911, 721), ihm folgend ein Teil des Schrifttums (Nachweise bei Flechtheim § 140 Anm. 11), hatte zunächst generell den Ausschluß im Stadium der Liquidation für unzulässig erklärt, dann aber diesen Standpunkt für den Fall aufgegeben, daß die Ausschlußklage vor der Auflösung erhoben war (RGZ 102, 375; JW 1925, 245; JW 1936, 2071). In JW 1938, 2214 ließ es schließlich den Ausschluß ohne jede Einschränkung zu.

2) A.A. lediglich Flechtheim § 140 Anm. 11, der nur den Ausschluß zum Zweck der Unternehmenserhaltung zulassen will.

In der Literatur wird der Ausschluß auch mit dieser Zielrichtung generell für zulässig gehalten¹⁾).

Der Bundesgerichtshof nimmt dagegen eine ins einzelne gehende Differenzierung vor. Er unterscheidet danach, wann die Übernahmegründe²⁾ entstanden sind und worauf die Auflösung zurückzuführen ist.

Wegen eines erst nach der Auflösung entstandenen Grundes billigt er dem Kläger ein Übernahmerecht nur zu, sofern durch den Verbleib des Beklagten in der Gesellschaft die Durchführung einer sachgerechten Abwicklung gefährdet würde³⁾. (1. Fall).

Das gleiche soll gelten, wenn zwar der wichtige Grund schon vor der Auflösung vorgelegen hat, die Auflösung aber durch den Kläger oder durch äußere Umstände herbeigeführt worden ist⁴⁾. (2. Fall).

Hat dagegen der Beklagte in diesem Fall die Gesellschaft zur Auflösung gebracht, soll das Übernahmerecht unbeschränkt bestehen, also auch mit dem Ziel der Unternehmenserhaltung zulässig sein⁵⁾. (3. Fall).

Es fragt sich, ob die vom Bundesgerichtshof vorgenommene Einschränkung des Übernahmerechts - und damit auch des Ausschlußrechtes -, mit der er, soweit ersichtlich, allein steht⁶⁾, gerechtfertigt ist. Dies ist zunächst für den ersten Fall zu untersuchen.

-
- 1) Vgl. z.B. : Flechtheim a.a.O.; Gierke, Handelsrecht, § 35/II/2/a; Hueck, Recht der OHG, S.324; Ritter § 140 Anm. 3b; Schlegelberger-Geßler § 140 Anm. 7; Staub-Pinner § 140 Anm. 1; Weipert § 140 Anm. 12; Westermann, Handbuch, RZ 413. Ebenso : RG JW 1938, 2214; OHG Köln NJW 1950, 184; OGHZ 3, 203.
 - 2) Die zu diesem Problemkreis ergangenen Entscheidungen betreffen alle den Fall der Übernahme klage. Nach den in ihnen entwickelten Grundsätzen müßte das Gericht aber auch im Fall der Ausschlußklage entscheiden.
 - 3) So BGHZ 1, 324 (330ff). Vgl. dazu auch die Anmerkung von Fischer in LM HGB § 145 Nr.1.
 - 4) BGH DB 1956, 111 für den Fall, daß der auf Übernahme klagende Gesellschafter die OHG vorher durch Kündigung aufgelöst hat. Zum Fall der Auflösung durch äußere Umstände vgl. auch BGH DB 1968, 435 in einem 'obiter dictum'.
 - 5) So BGH DB 1968 a.a.O.
 - 6) Hueck stimmte der Entscheidung BGHZ 1,324 in einer Anmerkung in NJW 1951,650 ursprünglich zu. Heute lehnt er sie

Der Bundesgerichtshof hat das Bestehen eines Übernahmerechts zum Zweck der Weiterführung des Unternehmens unter Berufung auf den "Grundgedanken des § 142 HGB" verneint. Er sieht die Funktion der Vorschrift nicht darin, das Unternehmen um jeden Preis zu erhalten, wenn Gründe in der Person eines Gesellschafters entstehen, die eine gemeinsame Fortführung des Geschäfts unmöglich oder unzumutbar machen. Darüber hinaus müsse die gemeinsame Fortführung auch vor dem Auftreten jener Gründe den Plänen und Absichten beider Gesellschafter entsprochen haben. Das Recht der Übernahme solle nur das letzte Mittel dafür sein, daß der Gesellschaftszweck, wie er sich auf der Grundlage der vertraglichen Beziehungen beider Gesellschafter im Zeitpunkt des vertragswidrigen Verhaltens darstelle, verwirklicht werden könne¹⁾. Daraus folge, daß in einer Abwicklungsgesellschaft kein schutzwertes Interesse mehr an einem vertragstreuen Verhalten im Hinblick auf eine werbende Tätigkeit der OHG bestehe.

Das Ergebnis des Bundesgerichtshofes ist nach seinem Ausgangspunkt folgerichtig. Da der Gesellschaftszweck nach der Auflösung auf die Abwicklung der Gesellschaft gerichtet ist, muß die Ausschlußklage auf die Sicherung dieses Zwecks beschränkt bleiben.

Daß dieses Ergebnis grundsätzlich richtig ist, zeigt m.E. folgende Überlegung. Die von dem Gericht vorgenommene Auslegung der Ausschlußnormen verhindert, daß die Entstehung eines

weitgehend ab, vgl. Recht der OHG, S. 325 Note 28.

- 1) Im entschiedenen Fall hatten sich die Gesellschafter zunächst darüber geeinigt, das Unternehmen nicht fortzuführen. Man könnte deshalb vermuten, der wahre Grund für die Versagung des Übernahmerechts liege im Verbot des 'venire contra factum proprium'. Durch die Bezugnahme auf die "Pläne und Absichten" klingt diese Begründung in der Entscheidung tatsächlich auch an. Obwohl das Verbot gegenständlichen Verhaltens auch bei der Ausschließung grundsätzlich von Bedeutung ist (vgl. Hartmann S. 7), würde hier durch eine darauf abgestellte Begründung die eigentliche Problematik verdeckt. Die primäre Frage ist, ob den klagenden Gesellschaftern überhaupt noch ein unbeschränktes Ausschlußrecht zusteht. Erst wenn sie positiv entschieden ist, kann überlegt werden, ob dieses an sich bestehende Recht nicht mehr ausgeübt werden kann.

wichtigen Grundes in der Person eines Gesellschafters für die anderen Gesellschafter zu einem Glücksfall wird, der ihnen die sonst nicht erreichbare Weiterführung des Unternehmens ermöglicht. Das Ausschlußinstitut wäre andernfalls in der Tat gefährlich nahe daran, der Bestrafung des auszuschließenden Gesellschafters und der Belohnung der übrigen Gesellschafter zu dienen.

Die in der Zuerkennung des unbeschränkten Ausschlußrechtes liegende weitgehende Verbesserung der Rechtsstellung der ausschlußbegehrenden Gesellschafter auf Kosten des auszuschließenden Gesellschafters wird nun von der h.M., bezeichnenderweise ganz im Sinne einer Bestrafung, damit gerechtfertigt, daß der auszuschließende Gesellschafter eben eine schuldhafte Pflichtverletzung begangen habe¹⁾. Damit wird der Begriff des wichtigen Grundes für diese Fälle stillschweigend auf schuldhaft vertragswidriges Verhalten beschränkt. In den Fällen des unverschuldeten wichtigen Grundes, in denen das Emotionen anrührende Moment des 'vertragswidrigen Verhaltens' fehlt, ist die Notwendigkeit, das Ausschlußrecht zu beschränken, auch ohne weiteres einsichtig. Ist z.B. in einer durch den Tod eines Gesellschafters oder Zeitablauf aufgelösten OHG eine Fortsetzungsvereinbarung am Widerstand eines Gesellschafters gescheitert, so ist es nicht einzusehen, warum es möglich sein sollte, diesen Gesellschafter auszuschließen, wenn er plötzlich erkrankt und deshalb seinen Pflichten im Hinblick auf eine werbende Tätigkeit der OHG nicht mehr nachkommen kann.

Nun stellt das Gesetz in den §§ 133, 140, 142 HGB den verschuldeten gleichrangig neben den unverschuldeten wichtigen Grund. Ein prinzipieller Unterschied zwischen beiden Spielarten des wichtigen Grundes besteht also nicht. Warum man aber, ohne die Konzeption des Gesetzes zu verletzen, im hier untersuchten Fall entscheidend auf diesen Unterschied abstellen kann, wird nicht begründet und ist auch wohl nicht zu begründen.

Die Argumentation des BGH und die nachfolgende Überlegung erfassen jedoch noch nicht den tragenden Grund für die

1) Vgl. z.B. : Hueck, Recht der OHG, S. 324 Note 28.

Beschränkung der Übernahme- und Ausschlußklage. Es wird nicht klar, warum sie nur das letzte Mittel sein sollen, den Gesellschaftszweck zu verwirklichen, wie er sich im Zeitpunkt des Entstehens des Ausschlußgrundes darstellt.

Eine begriffliche Konstruktion, durch welche die für den Normalfall bestehende Kongruenz von augenblicklichem Gesellschaftszweck und Ausschlußzweck absolut gesetzt wird, hilft nicht weiter. Ausgangspunkt einer Begründung muß die Person des einzelnen Gesellschafters mit seinen Rechten und Pflichten sein.

Innerhalb derwerbenden OHG hat jeder Gesellschafter die Pflicht, den Gesellschaftszweck, den Betrieb eines Handelsgewerbes, zu fördern und das Recht, das gleiche von seinen Mitgesellschaftern zu verlangen. In der werbenden Gesellschaft hat also jeder Gesellschafter ein Recht darauf, daß die werbende Tätigkeit der Gesellschaft fortgesetzt wird. So gesehen wird hier durch die Ausschlußmöglichkeit kein neues Recht geschaffen, sondern nur das Fortsetzungsrecht der übrigen Gesellschafter verwirklicht, d.h. mit Hilfe eines Zwangsmittels durchgesetzt.

Wenn nun die Auflösung als Zweckänderung der Gesellschaft gekennzeichnet wird, so zeigt das eine Änderung in der vertraglichen Grundlage der Gesellschaft an. § 131 HGB nennt bestimmte tatsächliche oder rechtliche Vorgänge, die auflösungsbegründenden Tatsachen, die der ursprünglich vereinbarten gemeinsamen Zweckverfolgung die Grundlage entziehen. Die Auflösungsgründe sind damit Ausdruck eines Wegfalls der Geschäftsgrundlage¹⁾ für den Gesellschaftsvertrag. Besteht der Auflösungsgrund im Interesse des einzelnen Gesellschafters, so hat dieser ein subjektives Recht auf Durchführung der Liquidation, einen Abwicklungsanspruch. Dies sei am Beispiel des § 131 Nr.4 HGB, nach dem die OHG durch den Tod eines Gesellschafters aufgelöst wird, verdeutlicht.

Die OHG ist Rechtsform für eine Personenzusammenfassung mit dem Zweck, gemeinsam ein Handelsgewerbe zu betreiben. Nach der

1) Hier untechnisch, nicht im Sinne der Lehre vom Wegfall der Geschäftsgrundlage verstanden.

gesetzlichen Konzeption kommt es für eine erfolgreiche gemeinsame Zweckverfolgung entscheidend auf die Person des einzelnen Beteiligten an. Das zeigt sich z.B. in den Grundsätzen der Einzelgeschäftsführungs- und Vertretungsmacht in Selbstorganschaft und der persönlichen Haftung für die Gesellschaftsschulden. Wegen dieser besonderen Struktur der OHG hat jeder Gesellschafter einen Anspruch darauf, daß sich die personelle Zusammensetzung der Gesellschaft nicht gegen seinen Willen ändert. Daraus folgt, daß der Tod eines Gesellschafters die Verpflichtung der übrigen, den Gesellschaftszweck zu fördern, erlöschen läßt. Dieser Auflösungsgrund, der im Interesse aller Gesellschafter besteht, gibt damit jedem ein Recht auf Abwicklung der Gesellschaft. Die durch die Auflösung bedingte Zweckänderung der Gesellschaft ist hier also das äußere Kriterium für den Wegfall der genannten Verpflichtung und das Entstehen des Abwicklungsrechts.

Das Abwicklungsrecht eines Gesellschafters ist nicht entziehbar. Es beschränkt den Umfang der Ausschließbarkeit dieses Gesellschafters. Wenn der Gesellschafter nicht mehr verpflichtet ist, in einer werbenden Gesellschaft tätig zu sein, besteht insofern kein Interesse mehr an einem vertragstreuen Verhalten : Einem Ausschluß mit dem Ziel der Fortsetzung der Gesellschaft ist damit die Grundlage entzogen¹⁾.

Wegen eines nach der Auflösung der Gesellschaft entstandenen Grundes ist daher ein Ausschluß grundsätzlich nur zur Sicherung einer ordnungsgemäßen Liquidation möglich. Diese Beschränkung der Ausschließbarkeit ist allerdings nur gerechtfertigt, wenn

1) Es ist also nicht richtig, wenn der OHG (OGHZ 3, 208) zur Begründung einer unbeschränkten Ausschließbarkeit anführt, auch bei einer werbenden OHG sei der Ausschluß auszusprechen, obwohl damit ein Recht zuerkannt werde, daß die klagenden Gesellschafter ohne das verwerfliche Verhalten nicht gehabt hätten. Dabei wird übersehen, daß die übrigen Gesellschafter hier neben dem Ausschlußrecht ein Recht zur Fortsetzung der OHG erhalten würden. Dieses Recht existiert aber bei der werbenden OHG.

der betreffende Gesellschafter ein schutzwürdiges Interesse an der Abwicklung der OHG hat. Es sind Fälle denkbar, in denen es für ihn keinen Unterschied darstellt, ob die Gesellschaft abgewickelt wird oder weiterbesteht. Erwachsen ihm aus der Tatsache des Fortbestehens keine Nachteile, kann die Berufung auf den nur noch formal bestehenden Abwicklungsanspruch als treuwidrig oder mit dem Einwand der Arglist abgewehrt werden. In diesem Fall ist ein Ausschluß also auch mit dem Ziel der Unternehmenserhaltung möglich.

Hat der Ausschlußgrund schon vor der Auflösung der Gesellschaft vorgelegen¹⁾, so bestand ursprünglich das unbeschränkte Ausschlußrecht. Durch die Auflösung kann diese einmal entstandene Rechtsposition der anderen Gesellschafter nicht verkürzt werden. Wie wir gesehen haben, ist der Beschränkungsfaktor des Ausschlußrechtes das dem auszuschließenden Gesellschafter zustehende Abwicklungsrecht. Hat ein Gesellschafter aber Gründe gesetzt, die die anderen zu seinem Ausschluß mit dem Zweck der Unternehmenserhaltung berechtigen, so kann ihm die Auflösung grundsätzlich²⁾ kein Recht auf Abwicklung der Gesellschaft geben. Es kann dann nicht von seinem Willen abhängig sein, ob die Gesellschaft fortgesetzt wird. Im Fall eines Ausschlußbegehrens der übrigen Gesellschafter hat er kein vom Recht zu schützendes Interesse daran, daß der Betrieb des Unternehmens eingestellt und die Gesellschaft auseinandergesetzt wird. Er hat zwar wegen der Auflösung einen Anspruch auf Lösung seiner gesellschaftsvertraglichen Bindung. Diese Bindung wird aber auch bei seinem zwangsweisen Ausscheiden gelöst.

1) Fall 2 und 3, siehe oben S. 91 .

2) Fälle, in denen anders zu entscheiden ist, sind denkbar. Ist die Gesellschaft z.B. durch Beschluß der Gesellschafter in Kenntnis des Ausschlußgrundes aufgelöst worden, ist das Vertrauen des auszuschließenden Gesellschafters auf den Bestand dieser Maßnahme schutzwürdig. Wenn nicht bereits ein Verzicht auf das Ausschlußrecht vorliegt, ist das Ausschlußbegehren jedenfalls gemäß § 242 BGB (venire contra factum proprium, vgl. dazu oben S. 92 Note 1) unzulässig.

Eine weitere Differenzierung dahingehend, wodurch die Auflösung herbeigeführt worden ist, ob vom beklagten Gesellschafter einerseits oder durch objektive Ereignisse oder einen klagenden Gesellschafter andererseits, wie sie vom Bundesgerichtshof vorgenommen wird, ist nicht begründet. Die obigen Überlegungen gelten grundsätzlich für alle Fälle der Auflösung.

Der Umfang des Ausschlußrechtes ist also regelmäßig allein vom Zeitpunkt seines Entstehens abhängig¹⁾. Sind die Ausschlußgründe vor der Auflösung entstanden, besteht das Ausschlußrecht uneingeschränkt. Nach der Auflösung aufgetretene Umstände berechtigen dagegen nur zu einem Ausschluß, sofern sie einer sachgerechten Liquidation entgegenstehen würden²⁾.

III. Einfluß der Fehlerhaftigkeit des Vertrages auf die Ausschließbarkeit der einzelnen Gesellschafter

Nachdem geklärt ist, in welchem Umfang ein Ausschluß aus der fehlerfreien OHG möglich ist, kann geprüft werden, inwieweit die Ausschließbarkeit mit Rücksicht auf den Zweck des jeweiligen Vertragsfehlers bei der fehlerhaften OHG eingeschränkt werden muß. Da der Umfang der Ausschließbarkeit möglicherweise vom Schutzobjekt des Vertragsfehlers abhängig ist, wird in der folgenden Untersuchung zwischen den Fehlernormen, die dem Schutz einzelner Vertragspartner dienen, - subjektive Vertragsfehler - und den Normen unterschieden, die im Interesse aller Beteiligten oder der Allgemeinheit bestehen - objektive Vertragsfehler - .

- 1) Die Feststellung wann die fraglichen Umstände aufgetreten sind, kann in der Praxis oft schwierig sein. Im Falle eines 'non liquet' entscheidet die Beweislast. Sie obliegt m.E. den ausschlußbegehrenden Gesellschaftern, da die Frage des Entstehungszeitpunktes zu den anspruchsbegründenden Tatsachen zu zählen ist.
- 2) Die Unterscheidung, ob der Ausschlußgrund vor oder nach der Auflösung Gesellschaft entstanden ist, macht auch Flechtheim § 140 Anm. 11. Es gibt jedoch keine dogmatisch befriedigende Erklärung für die unterschiedliche Behandlung beider Fälle.

1. Ausschuß bei subjektivem Vertragsfehler

Zu der Fehlergruppe, die hier unter der Bezeichnung 'subjektive Vertragsfehler' zusammengefaßt sind, gehören die Tatbestände der §§ 118, 119, 120, 123 BGB, die Fälle des § 138 BGB, in denen die Sittenwidrigkeit in dem Verhalten eines Beteiligten gegenüber einem anderen liegt, und der Fall der ungenehmigten Beteiligung eines Nicht-Geschäftsfähigen. Schließlich kann auch die Nichtbeachtung eines Formgebots, das im Interesse einzelner Vertragspartner besteht, zu dieser Gruppe gerechnet werden¹⁾.

Der Umfang des Ausschußrechtes in diesen Fällen ist möglicherweise relativ. Eine Kollision mit der Schutzfunktion des Vertragsfehlers, die zu einer Einschränkung der Ausschließbarkeit führen könnte, kommt wohl nur in Betracht, wenn der durch die Fehlernorm geschützte Gesellschafter, der benachteiligte Gesellschafter²⁾, ausgeschlossen werden soll. Demgemäß wird im folgenden zwischen einem Ausschuß dieses Gesellschafters und dem Ausschuß eines nicht in den Schutzbereich einbezogenen Gesellschafters unterschieden.

a) Ausschuß des durch die Fehlernorm geschützten Gesellschafters

a1) Ausschußzweck : Erhaltung des Unternehmens

Es soll zunächst geprüft werden, ob der benachteiligte Gesellschafter zum Zweck der Unternehmenserhaltung, die übrigen Gesellschafter wollen die Gesellschaft also fortsetzen, ausgeschlossen werden kann. Dabei wird davon ausgegangen, daß der

1) Zu dieser Gruppe gehören die meisten der für die Gesellschaftsverträge relevanten gesetzlichen Formgebote : §§ 311, 312, 313, 518, 566, 581, 761, 780, 781, 2301, 2371, 2385 BGB.

2) Der durch die Fehlernorm geschützte Gesellschafter ist identisch mit dem fehlerhaft erklärenden Gesellschafter, der oben S. 38 Anm. 1 als benachteiligter Gesellschafter bezeichnet worden ist.

Vertragsfehler zur Zeit der Erhebung der Ausschlußklage entdeckt ist¹⁾.

Nach den oben entwickelten Grundsätzen ist bei der fehlerfreien OHG ein Ausschluß zu diesem Zweck grundsätzlich nicht möglich, wenn der Ausschlußgrund erst nach Auflösung der Gesellschaft entstanden ist. Das gleiche muß erst recht bei der fehlerhaften OHG gelten. Das Ausschlußrecht kann hier nicht weiter reichen als bei der fehlerfreien Gesellschaft. Der Abwicklungsanspruch des benachteiligten Gesellschafters, der dem in seinem Interesse bestehenden Anfechtungs- oder Nichtigkeitsgrund entspringt, kann durch einen Ausschluß nicht entzogen werden.

Für die fehlerhafte OHG ist aber auch die oben gemachte Ausnahme von der Beschränkung des Ausschlußrechtes bedeutsam. Hat der benachteiligte Gesellschafter also kein schutzwürdiges Interesse an der Abwicklung der Gesellschaft, können die übrigen Gesellschafter die Abwicklung abbrechen und die Gesellschaft nach seinem Ausschluß fortsetzen. Das Verbot des Rechtsmißbrauchs ist auch für den vom Gesetz besonders geschützten Personenkreis der 'benachteiligten Gesellschafter' die objektive Grenze für die Berufung auf ein an sich gegebenes Recht. Ob das Verlangen, die Abwicklung fortzusetzen, rechtsmißbräuchlich ist, muß durch einen Vergleich zwischen der Stellung des Gesellschafters bei Weiterführung der Liquidation und seiner Stellung bei einem Ausschluß unter Fortbestehen der Gesellschaft ermittelt werden²⁾. Für den Gesellschafter wird es am ehesten dann gleichgültig sein, ob die Gesellschaft fortgesetzt oder abgewickelt wird, wenn die aufgetretenen Umstände auch seiner Teilnahme an der Liquidation entgegenstehen, die übrigen Gesellschafter ihn also auf jeden Fall mit dem Zweck, eine sachgerechte Abwicklung zu sichern, ausschließen können.

1) Zur Rechtslage, wenn der Gesellschafter bereits vor Erkennen des Vertragsfehlers ausgeschlossen worden ist, vgl. unten S. 112ff.

2) Vgl. dazu oben S. 41 .

Abgesehen von dem oben behandelten Fall, daß die Ausschlußgründe erst nach der Auflösung der Gesellschaft entstanden sind, ist bei der fehlerfreien OHG ein Ausschluß zum Zweck der Unternehmenserhaltung immer zulässig.

Bei der fehlerhaften OHG steht jedenfalls dann einem solchen unbeschränkten Ausschluß nichts im Wege, wenn die Gesellschaft bei Erhebung der Ausschlußklage noch nicht aufgelöst ist und der beklagte Gesellschafter die Auflösung auch nicht nachträglich herbeiführt¹⁾. Selbst wenn sich die Tatsache der Fehlerhaftigkeit einschränkend auf das Ausschlußrecht auswirken sollte, müßte sie spätestens während des Ausschlußverfahrens geltend gemacht werden. In der Untätigkeit wird regelmäßig ein stillschweigender Verzicht auf das Auflösungsrecht zu sehen sein. Sollte das ausnahmsweise nicht möglich sein, kann das Auflösungsrecht zumindest nach Rechtskraft des Ausschlußurteils nicht mehr ausgeübt werden, die Gesellschaft ist dann also fehlerfrei²⁾.

Fraglich ist die Rechtslage in den folgenden verbleibenden Fällen :

1. Die Gesellschaft ist bei Erhebung der Ausschlußklage bereits aufgelöst.
2. Das Auflösungsverfahren ist in diesem Zeitpunkt anhängig.
3. Der auszuschließende Gesellschafter betreibt erst nach Rechtshängigkeit der Ausschlußklage die Auflösung.

1) War der fehlerhafte Vertrag bereits vorher geheilt worden, besteht natürlich das Auflösungsrecht nicht mehr. Es liegt eine fehlerfreie OHG vor, bei der ein Ausschluß unbeschränkt möglich ist. Vgl. dazu oben S. 7 .

2) Zur Begründung dieser These vgl. unten S. 115ff . Hat der auszuschließende Gesellschafter schon bei Erhebung der Ausschlußklage Kenntnis von der Fehlerhaftigkeit des Vertrages und macht er bis zur Rechtskraft des Ausschlußurteils von seinem Auflösungsrecht keinen Gebrauch, so ist es höchst unwahrscheinlich, daß er sich nach Rechtskraft plötzlich darauf beruft. Dieser Fall wird also wohl nur dann praktisch werden, wenn der Gesellschafter bis zur Rechtskraft nichts von der Existenz des Vertragsfehlers wußte. Die Begründung für den Wegfall des Ausschlußrechtes erfolgt demgemäß bei der Behandlung dieses Falles.

Gemäß unserem Ausgangspunkt ist der wichtige Grund in allen drei Fällen vor Auflösung der Gesellschaft bzw. Erhebung der Auflösungsklage entstanden.

Eine prinzipiell unterschiedliche Behandlung dieser Fälle ist nicht gerechtfertigt. Die Lösung - Gleichbehandlung mit der fehlerfreien OHG oder Beschränkung des Ausschlußrechtes - muß grundsätzlich einheitlich sein. Kämen wir bei einer getrennten Untersuchung zu dem Ergebnis, daß das Ausschlußrecht im 1. Fall eingeschränkt werden muß, könnte also der benachteiligte Gesellschafter, der vor der Auflösung z.B. Unterschlagungen begangen hat, nur zur Sicherung der Liquidation ausgeschlossen werden. Das muß dann aber auch in den übrigen Fällen gelten, denn es ist kein Grund ersichtlich, einen Gesellschafter schlechter zu behandeln, weil es ihm nicht gelungen ist, sein schädigendes Verhalten bis zum Ende des Auflösungsverfahrens zu verheimlichen¹⁾. Umgekehrt gilt das gleiche. Sollte im 3. Fall ein Ausschluß unbeschränkt möglich sein, besteht kein sachlicher Grund, den geschickteren Gesellschafter im Fall 1 besser zu behandeln.

In jedem der aufgezeigten Fälle kollidieren das aufgrund des Vertragsfehlers bestehende Auflösungsrecht des benachteiligten Gesellschafters, das im Fall 1 bereits verwirklicht ist, und das Ausschlußrecht der übrigen Gesellschafter. Kann der benachteiligte Gesellschafter unter Fortsetzung der Gesellschaft ausgeschlossen werden, so wird seine Rechtsstellung gegenüber einer Teilnahme an der Liquidation oder einem Ausscheiden bei Abwicklung der Gesellschaft verschlechtert²⁾. Ihn treffen die nachteiligen Folgen des Ausscheidens, die in erster Linie durch das Weiterbestehen der Gesellschaft bedingt sind. Sein Interesse ist also auf die Abwicklung der Gesellschaft gerichtet. Demgegenüber wollen die übrigen Gesellschafter die Gesellschaft erhalten.

1) Haben die übrigen Gesellschafter vor Auflösung der Gesellschaft von der Ausschlußmöglichkeit erfahren und dennoch nichts unternommen, kann allerdings eine differenzierte Behandlung der Fälle angebracht sein.

2) Siehe oben S. 41ff .

Man könnte nun argumentieren, daß, genau wie bei der fehlerfreien OHG, das Abwicklungsinteresse des Gesellschafters dann zurücktreten muß, wenn er vor der Auflösung der OHG Gründe gesetzt hat, die eine Weiterführung des Unternehmens bei seinem Verbleiben in der Gesellschaft unmöglich oder unzumutbar machen.

Ein Indiz dafür, daß diese Argumentation nicht richtig sein kann, läßt sich dem oben¹⁾ bei Behandlung der Frage, ob ein nach der Auflösung entstandener wichtiger Grund den unbeschränkten Ausschluß rechtfertigt, aufgeführten Beispiel entnehmen.

Erkrankt der benachteiligte Gesellschafter, bevor er die Auflösungsklage erhoben hat, so schwer, daß er seinen Pflichten im Hinblick auf eine verbende Tätigkeit der Gesellschaft nicht mehr nachkommen kann, wäre ein Ausschluß des Gesellschafters nicht gerechtfertigt. Ohne seine Zustimmung hätte die Gesellschaft normalerweise nicht erhalten werden können. Ließe man aufgrund der Erkrankung einen Ausschluß zu, wäre sie für die übrigen Gesellschafter ein glücklicher Zufall, da die Gesellschaft sonst auf die Klage des benachteiligten Gesellschafters hin aufgelöst worden wäre²⁾. Diese Bevorzugung der übrigen Gesellschafter auf Kosten des benachteiligten Gesellschafters ist aber zumindest in den Fällen eines unverschuldet entstandenen Umstandes nicht begründet. Der Gesellschafter kann sich zu Recht darauf berufen, daß seine Erkrankung für das Schicksal der Gesellschaft im Grunde völlig irrelevant ist. da die Gesellschaft auch ohne ihren Eintritt auf die Dauer nicht hätte weiterbestehen können.

Für einen Ausschluß bleiben also nur die Fälle der schuldhaften Pflichtverletzung. Wie gezeigt³⁾, widerspricht es aber dem Zweck

1) Vgl. S. 93 .

2) Eröffnete man hier also die Ausschlußmöglichkeit, würde für die übrigen Gesellschafter ein Anreiz geschaffen, geradezu nach Ausschlußmöglichkeiten zu suchen. Daß dies dem Sinn des Ausschlußinstituts nicht entsprechen würde, braucht nicht näher dargelegt werden.

3) Siehe oben S. 93f .

des Ausschlußinstituts, die Ausschließbarkeit auf diese Fälle zu beschränken. Der Ausschluß dient nicht der Sanktion für schuldhaftes Verhalten, sondern der Verwirklichung des Gesellschaftszwecks, wie er sich im Zeitpunkt der Entstehung des wichtigen Grundes darstellt. Das Ausschlußinstitut gewährt den ausschließungsbegehrenden Gesellschaftern also kein Recht, die Gesellschaft fortzusetzen, wenn dies im Zeitpunkt der Entstehung des wichtigen Grundes nicht bestand. Da der benachteiligte Gesellschafter zu einer Beseitigung des seinem Schutz dienenden Vertragsfehlers nicht verpflichtet ist, steht den übrigen Gesellschaftern der fehlerhaften OHG ein solches Fortsetzungsrecht von vorneherein nicht zu.

Danach würde sich also im Konflikt zwischen dem Auflösungsrecht bzw. dem daraus resultierenden Abwicklungsrecht des benachteiligten Gesellschafters und dem Ausschlußrecht der übrigen Gesellschafter das Auflösungsrecht durchsetzen¹⁾. Zwar hat der auszuschließende Gesellschafter in einer fehlerfreien OHG nicht die Möglichkeit, durch eine Kündigung der Gesellschaft einen uneingeschränkten Ausschluß zu verhindern²⁾. Dieser Gesellschafter war zur Zeit der Entstehung des Ausschlußgrundes aber auch vollverantwortliches Mitglied einer werbenden OHG. Die Eingliederung des benachteiligten Gesellschafters in die Gemeinschaft erfolgt dagegen nur in dem Umfang, wie es die Prinzipien, die zur Anerkennung der fehlerhaften Gesellschaft führten, erfordern. Seine Verpflichtungen innerhalb der Gesellschaft beschränken sich deshalb im Grunde von vornherein auf die Mitwirkung an einer

1) Damit wird nur scheinbar die oben S. 38f - bei der Untersuchung ob ein Vertragsfehler zum Ausschluß berechtigt - zugrunde gelegte Konzeption hinfällig. Dort war davon ausgegangen worden, daß im Falle eines Ausschlußrechtes die Gesellschaft hätte fortgesetzt werden können. Die unterschiedlichen Ergebnisse resultieren daraus, daß bei einer Ausschließbarkeit aufgrund des Vertragsfehlers das Auflösungsrecht des benachteiligten Gesellschafters eingeschränkt und damit der Bestandsschutz der fehlerhaften OHG erweitert worden wäre.

2) Siehe oben S. 96 .
und BGH DB 1968, 435.

gerechten Abwicklung¹⁾.

Der benachteiligte Gesellschafter kann mithin grundsätzlich nicht zum Zweck der Unternehmenserhaltung ausgeschlossen werden²⁾. Die bei der fehlerfreien Gesellschaft getroffene Unterscheidung, ob der wichtige Grund vor oder nach der Auflösung der Gesellschaft entstanden ist, hat hier also keine Bedeutung³⁾.

b1) Ausschußzweck : Sicherung der Liquidation

a2) Rechtslage im allgemeinen

Es bleibt damit die Frage, ob der benachteiligte Gesellschafter wenigstens zur Sicherung einer ordnungsgemäßigten Liquidation ausgeschlossen werden kann. Will man ihm keinen Freibrief für gesellschaftswidriges Verhalten ausstellen, muß diese Möglichkeit bestehen.

Wie festgestellt, ist bei der fehlerfreien OHG ein Ausschluß zu diesem Zweck möglich. Es besteht kein Grund, ihn bei der fehlerhaften OHG nicht zuzulassen. Der Anfechtungs- oder Nichtigkeitstatbestand kann insofern keine Sperrfunktion ausüben. Der Abwicklungsanspruch wird dem Gesellschafter durch den Ausschluß nicht entzogen. Er verliert lediglich sein Recht auf Teilnahme an der Liquidation. Da er verpflichtet ist, an einer gerechten Abwicklung mitzuwirken, entscheiden die zugunsten der Gemeinschaft sprechenden Vorzugsprinzipien : Bei Vorliegen eines wichtigen Grundes kann er zur Sicherung einer ordnungsgemäßen Liquidation ausgeschlossen werden.

-
- 1) Eine Differenzierung zwischen der Zeit vor und nach Aufdeckung des Vertragsfehlers ist nicht begründet. Die Gesellschaft wird nicht erst mit Kenntnis der Fehlerhaftigkeit zur fehlerhaften Gesellschaft. Für den Umfang des Ausschlußrechtes würde das sonst zur Folge haben, daß ein unbeschränkter Ausschluß möglich wäre, die Gesellschaft also erhalten werden könnte, wenn der wichtige Grund vor Aufdeckung des Vertragsfehlers entstanden ist. Das subjektive Moment der Kenntnis ist aber kein taugliches Abgrenzungskriterium.
 - 2) Über den Ausnahmefall, in dem auch ein unbeschränkter Ausschluß zulässig ist, vgl. oben S. 99 .
 - 3) Die durch das Urteil ausgesprochene Auflösung der Gesellschaft hat für die Rechtsstellung des benachteiligten

Welchen Grad muß der wichtige Grund nun erreichen, d.h. wie schwerwiegend muß die Pflichtverletzung sein, damit ein Ausschluß gerechtfertigt ist ?

Ob ein wichtiger Grund vorliegt, ist zunächst am jeweiligen Gesellschaftszweck zu messen. Die geltend gemachten Umstände in der Person des betreffenden Gesellschafters müssen hier also die sachgerechte Durchführung der Liquidation unmöglich oder unzumutbar machen. Gründe, die einen Ausschluß aus einer werbenden OHG zulassen, rechtfertigen ihn bei einer Abwicklungsgesellschaft i.d.R. noch nicht. Wegen der gelockerten gesellschaftlichen Bindung in der Liquidation liegt eine wesentliche Störung des veränderten Gesellschaftszwecks nur bei einer besonders schwerwiegenden Pflichtverletzung vor. Der Grundsatz, daß der vertragswidrig handelnde Gesellschafter nur in dem notwendigen Maße belastet werden darf, läßt oft nur seine Abberufung als Liquidator gemäß § 147 HGB zu¹⁾.

Es fragt sich, ob es zulässig ist, über diese allgemein geltende Erschwerung der Ausschließbarkeit hinaus, das Vorhandensein des Anfechtungs- oder Nichtigkeitsgrundes in dem Sinne zu berücksichtigen, daß die Pflichtverletzung nachsichtiger, in einem milderen Licht beurteilt wird²⁾.

Die Fehlerhaftigkeit des Gesellschaftsvertrages ist bei der Prüfung eines Ausschlußverlangens zunächst in zweifacher Weise zu berücksichtigen. Einmal kann der benachteiligte Gesellschafter nur zur Liquidationssicherung ausgeschlossen werden.

Gesellschafters eben keine grundlegende Bedeutung. Es ist im Grunde nicht Gestaltungs- sondern Feststellungsurteil.

- 1) Dieses Mittel der Liquidationssicherung läßt sich auch schneller handhaben als ein Ausschlußverfahren. Eine Abberufung kann durch einen einstimmigen Beschluß oder durch gerichtliche Entscheidung auf Antrag eines Gesellschafters erfolgen, § 147 HGB.
- 2) Bejahend : Fischer : NJW 1955, 852; Hueck, Recht der OHG, S. 63, Westermann, Handbuch, RZ 771. Die Genannten untersuchen allerdings den Ausschluß im allgemeinen, ohne wie hier zu differenzieren.

Zum anderen bestimmen sich seine Pflichten nur nach dem berechtigten Vertrag, also nicht nach dessen fehlerhaften Teilen.

Mit dieser Berücksichtigung der Fehlerhaftigkeit ist aber noch nicht allen möglichen Auswirkungen des Vertragsfehlers im Hinblick auf die Berechtigung eines Ausschlußverlangens Rechnung getragen. Da nun das Gesetz durch die Generalklausel des wichtigen Grundes die umfassende Würdigung aller Umstände des Einzelfalls ermöglicht und gebietet, muß auch die Tatsache der Fehlerhaftigkeit bei der Beurteilung der Schwere der Pflichtverletzung ihren Niederschlag finden. Allerdings wird das in Fällen wie dem vorliegenden, wo der Ausschluß nur zur Sicherung der Liquidation möglich ist, selten zu einer weiteren Erschwerung des Ausschlusses führen. Das hier für den Ausschluß erforderliche grobe Fehlverhalten kann wohl nur nachsichtiger beurteilt werden, wenn der Gesellschafter bei Abschluß des Vertrages arglistig getäuscht oder in sittenwidriger Weise benachteiligt worden ist.¹⁾

b2) Einzelfälle

Bei unserer Untersuchung wurde bisher der unterschiedliche Charakter der verschiedenen Fehlernormen nicht berücksichtigt. Eine differenzierende Betrachtung ist jedoch notwendig, da der Schutzzweck bestimmter Normen es möglicherweise überhaupt verbietet, eine Ausschließbarkeit, also auch eine auf die Sicherung der Liquidation beschränkte, anzunehmen.

b3) Ungenehmigte Beteiligung beschränkt Geschäftsfähiger

Hier ist vor allem an den Fall zu denken, daß ein beschränkt Geschäftsfähiger sich ohne Zustimmung seines gesetzlichen Vertreters oder ohne Genehmigung des Vormundschaftsgerichts an der OHG beteiligt hat. Für diesen Fall wird die Anerkennung eines fehlerhaften Gesellschaftsverhältnisses unter Einschluß

1) Siehe dazu unten S. 110f .

des beschränkt Geschäftsfähigen heute überwiegend abgelehnt¹⁾. Dabei besteht jedoch innerhalb dieser Gruppe keine Einigkeit darüber, ob der Minderjährige, trotz seiner Behandlung als Nichtgesellschafter, Gewinnansprüche geltend machen kann²⁾. Für die Frage der Ausschließbarkeit ist diese Kontroverse jedoch zunächst ohne Belang. Da der beschränkt Geschäftsfähige nie Gesellschafter war, ist ein Ausschluß nicht denkbar.

Eine andere Meinung behandelt den Minderjährigen als 'hinkenden Gesellschafter', d.h. als Gesellschafter ohne Pflichten³⁾. Der Zweck dieser Konstruktion ist es, den Minderjährigen an dem von der Gesellschaft erzielten Gewinn zu beteiligen und ihm gleichzeitig die Möglichkeit zu geben, seine Ansprüche aus einer gesicherten Position und nicht von "draußen" geltend zu machen⁴⁾. Auch auf der Grundlage dieser Ansicht kann ein Ausschlußrecht der übrigen Gesellschafter nicht angenommen werden, da den Minderjährigen keine gesellschaftlichen Pflichten treffen.

Damit scheint der Ausschluß eines beschränkt Geschäftsfähigen auf keinen Fall möglich zu sein, es sei denn, seine Beteiligung an der Gesellschaft wird in vollem Umfang genehmigt.

-
- 1) RGRK - Fischer § 705 Anm. 39; Erman-Schultze-Wenk § 705 Anm. 5a; Weipert § 105 Anm. 74c; Baumbach-Duden § 105 Anm. 8E; Haupt-Reinhardt S. 75; Nipperdey : MDR 1955, 670; Fischer : NJW 1955, 851; Beitzke S. 62; Benke : JZ 1952, 307; Biddermann S. 103; Erman S. 65, 80; BGHZ 17, 166.
 - 2) Ausdrücklich haben sich gegen eine Gewinnbeteiligung nur Nipperdey a.a.O., Weipert a.a.O. und Schultze-Wenk a.a.O. ausgesprochen. Der BGH a.a.O. brauchte sich zu dieser Frage in seiner Entscheidung nicht zu äußern. Biddermann a.a.O. und ähnlich Fischer a.a.O. geben dem Minderjährigen einen anteiligen Anspruch auf den ausgewiesenen Gewinn und die stillen Reserven. Biddermann will dabei, gestützt auf eine entsprechende Bemerkung des BGH a.a.O., das Bestehen einer Bruchteilsgemeinschaft zwischen dem Minderjährigen und der Restgesellschaft fingieren, so daß § 742 BGB angewandt werden kann.
 - 3) Schlegelberger-Geßler § 105 Anm. 62 k; Staudinger-Keßler § 705 Anm. 128; Ganßsmüller : DB 1955, 260; NJW 1955, 1067; Hueck, Recht der OHG, S. 69.
 - 4) Ganßsmüller a.a.O.

Den obigen Meinungen ist darin zuzustimmen, daß ein voller Einschluß des Minderjährigen in das fehlerhafte Gesellschaftsverhältnis ohne die erforderlichen Genehmigungen nicht möglich ist. Andernfalls würden die §§ 1822 Nr. 3 und 108 BGB leerlaufen. Dieses mehr formale Argument wird bestätigt durch eine materielle Überlegung. Die als notwendige Rechtsfolge eintretenden unmittelbaren schuldrechtlichen Wirkungen der fehlerhaften Gesellschaft stünden in zu starkem Widerspruch zu dem Gebot des Minderjährigenschutzes¹⁾.

Es fragt sich aber, ob der Minderjährige nicht gleichwohl am Gewinn, der von der Gesellschaft erzielt wurde, beteiligt werden kann. Für eine solche Beteiligung spricht, daß der Gewinn möglicherweise entscheidend durch seine Kapitalbeteiligung und seine tätige Mitarbeit entstanden ist. Es ist unbefriedigend, dem Minderjährigen in diesem Fall nur einen Bereicherungsanspruch zuzubilligen und ihn damit hinsichtlich seiner Kapitalbeteiligung wie einen Außenstehenden und hinsichtlich seiner Arbeitsleistung wie einen Angestellten zu behandeln. Andererseits hieße es das Gebot des Minderjährigenschutzes überspannen, wenn man das wirtschaftliche Risiko des Zusammenschlusses allein den Mitgesellschaftern auferlegte²⁾. Dieses Gebot besagt nicht, daß der Minderjährige auf Kosten seiner Vertragspartner besser gestellt werden müßte als bei einem wirksamen Vertragsschluß.

Nun scheint das Gesetz diesen Interessenkonflikt durch die Möglichkeit, den Vertragsschluß zu genehmigen, in befriedigender Weise geregelt zu haben. Man könnte sagen, der gesetzliche Vertreter und das Vormundschaftsgericht könnten den Vertrag ja genehmigen, wenn die Gesellschaft erfolgreich gewirtschaftet habe. Falls das nicht geschehe, bestehe auch kein berechtigtes Interesse auf Beteiligung am Erfolg des Geschäftes.

Diese Alternative, entweder volle Gültigkeit oder absolute Unwirksamkeit des Geschäftes, ist jedoch nur bei den fehlerhaften Verkehrsgeschäften interessengemäß. Hier liegt ein

1) So BGHZ 17, 168.

2) Nipperdey a.a.O.

überschaubares Geschäft vor, das auch wirtschaftlich berechnigterweise nur insgesamt entweder als gültig oder als unwirksam gewollt werden kann. Anders ist die Rechts- und Interessenslage dagegen bei den Gesellschaftsverhältnissen. Hier kann ein schutzwertes Interesse auch an einer teilweisen Gültigkeit der Beteiligung an dem Gesellschaftsverhältnis für den Zeitraum der Vergangenheit bestehen, da die volle Gültigkeit der Gesellschaftsbeteiligung eine eventuell noch langdauernde Bindung an die Gesellschaft mit zahlreichen Verpflichtungen für die Zukunft bedeuten würde. Diesem Interesse des Minderjährigen, das in der gesetzlichen Regelung nicht berücksichtigt ist, kann dadurch Rechnung getragen werden, daß man dem gesetzlichen Vertreter des Minderjährigen ein Wahlrecht zubilligt, ob eine Abwicklung nach Gesellschaftsrecht oder nach der Nichtigkeitsordnung des BGB erfolgen soll¹⁾. Es wäre danach also eine beschränkte Genehmigung des Vertrages möglich. Diese Lösung wird beiden Vertragsparteien, dem Minderjährigen und den übrigen Gesellschaftern, gerecht. Die generelle Anerkennung eines fehlerhaften Gesellschaftsverhältnisses unter Einschluß des Minderjährigen, d.h. eine Abwicklung nach gesellschaftsrechtlichen Regeln, ist gerade mit Rücksicht auf dessen Schutz abzulehnen. Auf diesen generell notwendigen Schutz muß aber im Einzelfall verzichtet werden können, wenn der gesetzliche Vertreter des Minderjährigen und das Vormundschaftsgericht²⁾ es für geboten erachten, die Gesellschaft also erfolgreich gewirtschaftet hat. Die Interessen der übrigen Gesellschafter werden in dem notwendigen Umfang berücksichtigt, da der Minderjährige für die Vergangenheit und den Zeitraum der Liquidation voll verantwortliches Mitglied der Gemeinschaft ist.

Eine beschränkte Genehmigung des Vertragsschlusses ist danach zulässig.

1) Diese Lösung ist zuerst von Höltzke S. 109 vorgeschlagen worden. Ihm folgt Beckmann S. 167.

2) Da für den Minderjährigen in diesem Fall gesellschaftsrechtliche Pflichten entstehen wird man in entsprechender Anwendung des § 1822 Nr. 3 BGB die Genehmigung des Vormundschaftsgerichtes verlangen müssen.

Aus dem oben Gesagten folgt, daß in diesem Fall auch ein beschränkter Ausschluß des Minderjährigen, d.h. zum Zwecke der Liquidationssicherung, möglich ist. Es liegt dann eben der Normalfall einer fehlerhaften OHG vor, in dem die für die Ausschließbarkeit des benachteiligten Gesellschafters entwickelten Grundsätze gelten.

Für die Ausschließbarkeit der übrigen Gesellschafter gelten folgende Grundsätze¹⁾:

Wird der Gesellschaftsvertrag insgesamt genehmigt, besteht eine fehlerfreie OHG, ein Ausschlußrecht ist also in normalem Umfang gegeben.

Wird eine Genehmigung verweigert, besteht zwischen den übrigen eine fehlerfreie Restgesellschaft²⁾. Innerhalb dieser Gesellschaft hat jeder einen Anspruch auf Abwicklung, da ein Vertragspartner, der Minderjährige, gegen den Willen der übrigen Gesellschafter ausgeschieden ist, so daß ein Ausschluß nur zur Sicherung der Liquidation erfolgen kann.

Wird eine beschränkte Genehmigung erteilt, so gilt grundsätzlich das gleiche. Zwar ist der Minderjährige dann weiterhin Mitglied der Gesellschaft, die Abwicklung ist jedoch alleiniger Gesellschaftszweck.

b3) Arglistige Täuschung und verwandte Fälle

Problematisch ist, ob die Gesellschafter ausgeschlossen werden können, die bei Abschluß des Vertrages arglistig getäuscht oder in ähnlicher Weise benachteiligt wurden.

Ein Ausschluß wäre grundsätzlich möglich, wenn sie Mitglieder des Gesellschaftsverbandes sind.

1) Vgl. näher unten S. 117ff .

2) Dies natürlich nur, soweit nicht § 139 BGB eingreift und die Gesellschaft unter den übrigen Gesellschaftern fehlerfrei besteht. Eine Anwendung des § 139 BGB ist hier möglich (zu den sonstigen Fällen vgl. oben S. 21ff), da der Minderjährige der OHG von Anfang an nicht zugehört.

Ihre Interessen stehen einer Anerkennung der fehlerhaften Gesellschaft regelmäßig nicht entgegen¹⁾. Eine Herausnahme dieser Fälle aus dem gesellschaftlichen Sonderrecht würde nicht im Interesse dieser besonders schutzwürdigen Personengruppe sein²⁾. Eine angemessene Regelung auf der Grundlage des Vertrages dient ihrem Schutz mehr.

Als Gesellschafter sind sie damit verpflichtet, keinen Ausschlußgrund zu setzen, d.h. die Liquidation nicht zu stören. Gleichwohl haben sie eine gewisse Sonderstellung, die ihren Ausschluß im Einzelfall verhindern oder erschweren kann. Hier kann es angebracht sein, eine Pflichtverletzung 'in einem milderem Licht' zu sehen. Eine solche nachsichtigere Beurteilung ist insbesondere am Platze, wenn der Verursacher des Vertragsfehlers weiterhin Mitglied der Gesellschaft ist. Einmal deshalb, weil sich dann besonders leicht Reibungspunkte ergeben. Zum anderen ist zu berücksichtigen, daß dieser Gesellschafter im Ausschlußfall als Kläger auftritt. Das kann für den benachteiligten Gesellschafter unzumutbar sein³⁾.

Besonders schutzwürdig ist der benachteiligte Gesellschafter, wenn er ohne die arglistige Täuschung der Gesellschaft nicht beigetreten wäre. Auch diese Tatsache, ist gebührend zu berücksichtigen.

Zusammenfassend kann man sagen : Bei arglistiger Täuschung und in verwandten Fällen ist ein Ausschluß der benachteiligten Gesellschafter oft aufgrund ihrer besonderen Stellung so erschwert, daß er praktisch nicht durchsetzbar ist. Ganz ausgeschlossen ist er aber wegen der Interessen der unbeteiligten Gesellschafter auch hier nicht.

1) Ebenso Fischer : NJW 1958, 970; Ganßsmüller : DB 1955, 260; Hueck, Recht der OHG, S.69; Schlegelberger-Geßler § 105 Anm. 62i; Staudinger-Keßler § 705 Anm. 128; Westermann, Handbuch, RZ 784; BGHZ 13, 320; 26, 330; 47, 293.

2) Siehe oben S. 70 .

3) Stehen sich in der Gesellschaft nur täuschende und getäuschte Gesellschafter gegenüber, kann ein getäuschter Gesellschafter wohl nicht ausgeschlossen werden.

c1) Fehlerhafter Ausschuß eines Gesellschafters

Zu den Problemen, die im Zusammenhang mit dem Ausschuß des benachteiligten Gesellschafters aus einer fehlerhaften OHG auftauchen, gehört schließlich der Fall, daß der Gesellschafter zu Unrecht ausgeschlossen worden ist¹⁾. Da die Existenz eines Vertragsfehlers von den Gesellschaftern oft erst nach geraumer Zeit entdeckt wird, ist es denkbar, daß der benachteiligte Gesellschafter zum Zweck der Unternehmenserhaltung ausgeschlossen wird, die durch den Fehler gebotene Beschränkung der Ausschließbarkeit auf den Zweck der Liquidationssicherung also nicht beachtet wird²⁾. Die OHG besteht dann eigentlich zu Unrecht als werbende Gesellschaft weiter. Die Rechtslage bei einem solcherart fehlerhaften Ausschuß soll hier kurz untersucht werden.

Zwei Fälle sind zu unterscheiden :

1. Der Ausschuß wäre auch bei Geltendmachung des Vertragsfehlers erfolgt; der Ausschußgrund hätte also einen Ausschuß zum Zweck der Liquidationssicherung gerechtfertigt.
2. Ein Ausschuß wäre nicht möglich gewesen; die Umstände, die zum Ausscheiden des Gesellschafters führten, trugen also nur einen Ausschuß mit dem Ziel der Unternehmenserhaltung.

-
- 1) Die Problematik des fehlerhaften Ausscheidens wird allgemein nur für den Fall behandelt, daß eine vertragliche Vereinbarung über das Ausscheiden mangelbehaftet ist. Vgl. z.B. Fischer : NJW 1955, 851; Ganßmüller : NJW 1956, 698; Hueck, Recht der OHG S.72; Schlegelberger-Geßler § 105 Anm. 62 o; Staudinger-Keßler § 705 Anm. 123. Hueck a.a.O. erwähnt zwar auch den Fall des fehlerhaften Ausschlusses, behandelt ihn jedoch genauso wie den Fall des vertraglichen Ausscheidens. Zwischen beiden Fällen bestehen jedoch insbesondere nach Rechtskraft des Aus-schlußurteils erhebliche Unterschiede.
 - 2) Der Fall, daß der Gesellschafter zur Sicherung einer sachgerechten Abwicklung ausgeschlossen worden ist, enthält keine besondere Problematik und wird hier deshalb nicht erörtert.

Bei der Lösung dieser Fälle stellen sich zwei Fragen :

- (a) Hat der ausgeschlossene Gesellschafter noch das Recht, die Auflösung der Gesellschaft herbeizuführen ?
- (b) Kann er seine Wiederaufnahme in die Gesellschaft verlangen ?

Da die Antwort für die Zeit vor Rechtskraft des Ausschlußurteils und die Zeit danach möglicherweise unterschiedlich ist, werden die Fragen für jeden Zeitabschnitt gesondert untersucht.

a2) Rechtslage vor Rechtskraft des Ausschlußurteils

Vor Rechtskraft des erstinstanzlichen Ausschlußurteils und bis zum Erlaß des Berufungsurteils¹⁾ bestehen keine von unseren bisherigen Ergebnissen abweichende Besonderheiten. In beiden oben genannten Fällen wird die Gesellschaft auf die Klage des benachteiligten Gesellschafters aufgelöst, falls er ein schutzwürdiges Interesse an der Auflösung hat. Das Ausschlußurteil wird dagegen nur im 1. Fall aufgehoben. Da der Gesellschafter im Fall 2 einer sachgerechten Liquidation im Wege steht, bleibt das Urteil bestehen, wenn die übrigen Gesellschafter ihren Ausschlußantrag aufrechterhalten.

Ist eine Wiederaufnahme des Verfahrens möglich, gilt grundsätzlich das gleiche. Wird das Urteil im Fall 1 also aufgehoben und die Ausschlußklage abgewiesen, sind die Gesellschafter nach den allgemeinen Regeln eigentlich verpflichtet, die jetzige Rechtslage so zu gestalten, als ob das - faktische - Ausscheiden nicht erfolgt sei. Andererseits muß aber auch berücksichtigt werden, daß der Gesellschafter über kürzere oder längere Zeit tatsächlich nicht Mitglied der Gemeinschaft war. Beide Grundsätze müssen jeweils im Einzelfall gegeneinander abgewogen werden. Daraus kann beispielsweise folgen, daß

1) Da neue Tatsachen in der Revisionsinstanz nicht mehr geltend gemacht werden können, §§ 549, 561 ZPO, entspricht die Rechtslage nach diesem Zeitpunkt der Rechtslage nach Rechtskraft des Urteils.

der Gesellschafter zwischenzeitliche Änderungen des Vertrages gegen sich gelten lassen muß. Soweit sein Abfindungsguthaben schon ausgezahlt war, muß es regelmäßig dem Auseinandersetzungs=guthaben der übrigen Gesellschafter angeglichen werden. Eine Liquidatorenstellung des ausgeschiedenen Gesellschafters wird nicht immer zweckmäßig sein.

b2) Rechtslage nach Rechtskraft des Ausschlußurteils

Wie ist die Rechtslage nun nach formeller Rechtskraft des Ausschlußurteils ? Dem Auflösungsrecht und dem Anspruch auf Wiederaufnahme in die Gesellschaft, der wie oben gezeigt nur im Fall 2 bestehen kann, kann hier die Existenz des unanfechtbaren Urteils entgegenstehen, das den Ausschluß des Gesellschafters ausspricht.

Selbst wenn das Auflösungsrecht noch ausgeübt werden könnte¹⁾, stellt das Urteil auf jeden Fall eine Sperre für das Wiederaufnahmeverlangen dar.

Die wesentliche Wirkung der Gestaltungsurteile, zu denen das Ausschlußurteil gehört, liegt in der mit der formellen Rechtskraft eintretenden Gestaltung der sachlichen Rechtslage.

Die h.M. nimmt zu Recht an, daß das Urteil daneben noch eine materiell rechtskräftige Feststellung enthält : Gegenstand der rechtskräftigen Feststellung ist der sachlich-rechtliche Anspruch auf Rechtsänderung, das Gestaltungsrecht²⁾.

1) Da die Beschränkung des Ausschlußrechtes von der Geltendmachung des Auflösungsrechtes abhängig ist, ist die Frage nach dem Bestehen dieses Rechtes eigentlich logisch vorrangig. Wird sie verneint, entfällt ein Wiederaufnahmerecht. Andererseits kann die Entscheidung über das Bestehen des Auflösungsrechtes negativ beeinflußt werden, wenn das Wiederaufnahmerecht selbst bei Bejahung des Auflösungsrechtes nicht ausgeübt werden kann. Diese Frage wird daher zunächst untersucht.

2) So z.B. : Lent-Jauernig § 65/II; Baumbach-Lauterbach § 322 Anm. 4 ("Gestaltungsurteil"); Blomeyer, Zivilprozeßrecht, § 94/IV m.w.N. Eine materielle Rechtskraftwirkung der Gestaltungsurteile verneinen z.B. : Stein-Jonas-Schönke-Pohle § 322/IV/3, § 325 VI/3; Rosenberg § 146/II (nur bei klagestattgebenden Urteilen, da hier das Gestaltungsrecht zum Erlöschen gebracht werde).

Es ist zwar fraglich, ob sich die Geltendmachung eines Wiederaufnahmerechtes mit der Gestaltungswirkung in Widerspruch setzen würde, solange nur die Aufnahme ex nunc begehrt wird. Sicher ist sie aber wegen der materiellen Rechtskraft des Ausschlußurteils unzulässig. Das Aufnahmeverlangen kann nur darauf gestützt werden, daß das Ausschlußurteil unrichtig ist, den übrigen Gesellschaftern also kein Recht auf Gestaltung zustand. Mit dieser Behauptung kann der ehemalige Gesellschafter nicht gehört werden, da die entgegengesetzte Feststellung in Rechtskraft erwachsen ist. Das Auflösungsrecht, auf das sich der Ausgeschlossene berufen müßte, stellt gegenüber dem Ausschlußrecht eine rechtsvernichtende Einwendung dar. Ihr Nichtbestehen wird zwar nicht rechtskräftig festgestellt. Die Rechtskraft bewirkt aber den Ausschluß aller Einwendungen, soweit sie sich gegen den rechtskräftig festgestellten Punkt richten und im Vorprozeß hätten geltend gemacht werden können, sog. Präklusionswirkung¹⁾.

Eine Klage auf Wiederaufnahme in die Gesellschaft könnte also wegen des entgegenstehenden rechtskräftigen Ausschlußurteils keinen Erfolg haben.

Zweifelhaft ist, ob das auch für eine Klage gilt, mit der lediglich die Auflösung der Gesellschaft begehrt wird. Das Ausschlußurteil kann in diesem Fall keine Präklusionswirkung entfalten, da der geltend gemachte Anspruch - der Streitgegenstand - in beiden Prozessen ein verschiedener ist. Eine Präklusion findet, von einigen Ausnahmen abgesehen²⁾, nur im Rahmen desselben Streitgegenstandes statt³⁾. Die Rechtskraft

1) Vgl. Stein-Jonas-Schönke-Pohle § 322/VIII/3; Rosenberg § 150/III; Wieczorek § 322/E/IV/a6; Baumbach-Lauterbach, Einführung zu § 322 Anm. 3 B.

Dabei wird mit der Rechtsprechung (RG Warn. 13, 31; RGZ 64, 228; BGHZ 34, 274) davon ausgegangen, daß es für die Ausschlußwirkung belanglos ist, ob die Einwendung Wirkungen erst als Folge einer Willenserklärung äußert.

2) Eine erweiterte Präklusionswirkung wird durch § 616 ZPO, § 3 KSchG und § 54 PatG normiert.

3) BGH ZP 74, 376; Zeuner : JZ 1961, 385; Mezger : NJW 1961, 128; Stein-Jonas-Schönke-Pohle a.a.O.; Rosenberg a.a.O.; Wieczorek a.a.O. Eine Verschiedenheit des Streitgegenstandes besteht im Ausschluß- und Auflösungsprozeß nach

führt in einem Prozeß mit anderer Rechtsfolgebehauptung nur dann zu einer Bindung an die im Vorprozeß entschiedene Rechtsfolge, wenn aus ihr ein weiterer Anspruch hergeleitet wird, sie also präjudiziell für die im neuen Prozeß zu entscheidende Rechtsfolge ist. Auch das ist hier nicht der Fall, da das Auflösungsrecht nicht im Ausschlußrecht wurzelt.

Die Geltendmachung des Auflösungsrechts könnte also nur mit Rücksicht auf die Gestaltungswirkung des Ausschlußurteils abgeschnitten sein. Man könnte argumentieren, daß mit dem endgültigen Ausscheiden des Gesellschafters aus der ursprünglichen fehlerhaften OHG die fehlerhaften Teile des Vertrages weggefallen sind, der fehlerhafte Vertrag also geheilt und dem Auflösungsrecht mithin die Grundlage entzogen ist.

Andererseits ist nicht zu verkennen, daß der ausgeschlossene Gesellschafter noch ein gewisses Interesse an der Auflösung hat. Dieses Interesse ist jedoch nicht als besonders gewichtig zu bewerten, da der Gesellschafter in beiden oben aufgezeigten Fällen nicht an der Liquidation der OHG teilnehmen könnte. Die Auflösung kann für ihn nur im Hinblick auf seine Haftung im Außenverhältnis und ein etwaiges Wettbewerbsverbot Vorteile bringen. Außerdem erhielte er gegebenenfalls seine Einlage zurück¹⁾. Ist seit dem Ausschluß bereits eine längere Zeit verstrichen, wird ein Interesse an der Auflösung oft gar nicht mehr vorliegen. Die damals bestehenden Schulden der Gesellschaft sind abgetragen, die Einlage ist in Natur nicht mehr vorhanden, der ehemalige Gesellschafter hat sich eine neue Existenzgrundlage geschaffen. Es erscheint nicht gerechtfertigt, dem relativ niedrig zu bewertenden Auflösungsinteresse des ausgeschlossenen Gesellschafters den Vorrang vor dem Erhaltungsinteresse der weiterarbeitenden Gesellschafter einzuräumen. Für die Bevorzugung ihres Interesses spricht auch der Gedanke der Rechtssicherheit. Die Gesellschafter müssen nach

allen zur Natur des Streitgegenstandes vertretenen Theorien, vgl. dazu Rosenberg § 88.

1) Vgl. dazu unten S. 147f .

endgültigem Abschluß des Prozesses wissen, wie ihre rechtlichen Beziehungen beschaffen sind und darauf vertrauen können, daß die Gesellschaft nicht von einem Außenstehenden zerstört wird¹⁾.

Die besseren Gründe sprechen m.E. also dafür, dem wirksam Ausgeschlossenen mit Unanfechtbarkeit des Ausschlußurteils das Auflösungsrecht abzuerkennen.

b) Ausschluß eines unbeteiligten Gesellschafters

Im folgenden soll nun untersucht werden, ob auch die Ausschließbarkeit eines unbeteiligten Gesellschafters beschränkt ist, eines Gesellschafters also, der den Vertragsfehler weder veranlaßt hat noch in seinen Schutzbereich einbezogen ist.

Gegen einen Ausschluß, der eine ungestörte Liquidation gewährleisten soll, bestehen keine Bedenken. Das folgt bereits daraus, daß sogar der durch den Vertragsfehler geschützte Gesellschafter zu diesem Zweck ausgeschlossen werden kann. Erst recht muß sich dann ein unbeteiligter Gesellschafter einer solchen Maßnahme beugen.

Aber auch wenn die Umstände in der Person des Gesellschafters eine Fortsetzung der Gesellschaft verhindern, ist ein Ausschluß grundsätzlich möglich. Der Vertragsfehler, etwa ein Irrtum gemäß § 119 BGB, gibt ihm kein Auflösungsrecht und damit auch keinen Abwicklungsanspruch, der als Beschränkungsfaktor für den Ausschluß erkannt wurde. Spätestens mit der Klageerhebung besteht eine fehlerfreie Gesellschaft, so daß wieder der Normalfall des § 140 BGB vorliegt. Da die Ausschlußklage von allen übrigen Gesellschaftern erhoben werden muß, wirkt auch der benachteiligte Gesellschafter daran mit. Durch diese Mitwirkung wird der Fehler regelmäßig beseitigt werden²⁾.

-
- 1) Berücksichtigt man die Funktion des Auflösungsrechts kann man folgendermaßen argumentieren : Das Auflösungsrecht dient den einzelnen als Mittel, seine gesellschaftsvertragliche Bindung zu lösen. Wenn diese Lösung durch einen Ausschluß bereits endgültig vollzogen ist, ist für eine Auflösung kein Raum mehr.
 - 2) Bei Minderjährigkeit des Gesellschafters ist allerdings die unbeschränkte Genehmigung des Vertragsschlusses erforderlich; siehe oben S. 25 .

Die Bewertungsprinzipien, die für den Ausschluß sprechen, können also gegenüber den unbeteiligten Gesellschaftern voll zur Auswirkung kommen.

Das Gebot der Gleichbehandlung aller Gesellschafter¹⁾ wird durch dieses Ergebnis nicht verletzt. Zwar werden der benachteiligte Gesellschafter einerseits und die übrigen Gesellschafter andererseits tatsächlich ungleich behandelt. Während dieser nur in einem beschränkten Umfang ausgeschlossen werden kann, müssen jene grundsätzlich einen unbeschränkten Ausschluß dulden. Diese Differenzierung ist aber wegen des fehlenden Auflösungsrechtes und damit eines Abwicklungsanspruches sachlich gerechtfertigt²⁾. Wollte man anders entscheiden, gelangte man zu dem grotesken Ergebnis, daß ein unbeteiligter Gesellschafter zwar normalerweise eine Fortsetzung der Gesellschaft nicht verhindern kann. Die Entstehung eines wichtigen Grundes in seiner Person würde aber, sofern man den Gesellschafter nicht weiterhin in der OHG duldet, zwangsläufig zur Abwicklung der Gesellschaft führen.

Im übrigen unterliegt der Ausschluß denselben Beschränkungen wie ein Ausschluß aus der fehlerfreien OHG. Ist der wichtige Grund also erst nach der Auflösung der Gesellschaft entstanden, kann der Gesellschafter nur ausgeschlossen werden, sofern sein Verbleiben in der Gesellschaft die Durchführung einer sachgerechten Abwicklung gefährden würde³⁾.

1) Der Grundsatz der Gleichbehandlung ist heute für die OHG allgemein anerkannt. Vgl. etwa RGZ 151, 326; Schlegelberger-Gebler § 109 Anm. 22; Weipert § 109 Anm. 3; G. Hueck S. 35; A. Hueck, Recht der OHG, S. 80.

2) Zum Differenzierungsmaßstab vgl. G. Hueck S. 183.

3) Siehe S. 95.

Der Abwicklungsanspruch, der als Beschränkungsfaktor des Ausschlußrechtes erkannt wurde, kann hier allerdings regelmäßig nicht aus einem Auflösungsrecht des auszu-schließenden Gesellschafters abgeleitet werden. Seine Wurzel kann in den Fällen, in denen die Auflösung nur im Interesse eines Gesellschafters erfolgt, im Gedanken des Vertrauensschutzes gesehen werden. Wenn ein Gesellschafter ein in seinem Interesse bestehendes Auflösungsrecht ausgeübt hat, müssen sich die übrigen Gesellschafter darauf verlassen können, daß die OHG jetzt auch tatsächlich abgewickelt wird, damit sie ihr Verhalten danach einrichten können.

c) Ausschluß des Verursachers des Vertragsfehlers

Hinsichtlich der Ausschließbarkeit des Gesellschafters, der den Vertragsfehler verursacht hat, bestehen keine speziellen Probleme. Er kann ebenso wie ein unbeteiligter Gesellschafter, unter Beachtung der oben aufgezeigten Beschränkung, sowohl zur Erhaltung des Unternehmens¹⁾ wie zur Liquidationssicherung ausgeschlossen werden. Eine Besonderheit besteht lediglich darin, daß bei ihm der Ausschlußgrund bereits in der Täuschung, der Drohung oder dem wucherischen Verhalten liegen kann. Daraus lassen sich indes keine die materielle Rechtslage ändernden Folgerungen ziehen²⁾. Wie gezeigt³⁾, muß auch in diesem Fall ein wichtiger Grund i.S. der §§ 140, 142 HGB gegeben sein. Die Tatsache der Fehlerverursachung führt also nicht dazu, daß die Voraussetzungen für den Ausschluß im Vergleich zu anderen Gesellschaftern herabgesetzt werden.

d) Zusammenfassung

Bei Vorliegen eines subjektiven Vertragsfehlers muß im Hinblick auf die Ausschließbarkeit der einzelnen Gesellschafter zwischen dem durch den Anfechtungs- oder Nichtigkeitsgrund geschützten, dem benachteiligten Gesellschafter, und den übrigen Gesellschaftern unterschieden werden.

Der benachteiligte Gesellschafter kann grundsätzlich nur ausgeschlossen werden, damit eine sachgemäße und gerechte Abwicklung gewährleistet wird. Ein unbeschränkter Ausschluß, also auch zum Zweck der Erhaltung des Unternehmens, ist zulässig, wenn der Vertragsfehler beseitigt ist oder der Gesellschafter an der Abwicklung kein schutzwürdiges Interesse hat.

1) Diesen Fall behandelt die Entscheidung BGHZ 47, 293 (300ff).

2) Über die Frage, ob in diesen Fällen das Klageerfordernis durch ein entsprechendes Gestaltungsrecht ersetzt werden soll, vgl. unten S. 130ff .

3) Siehe oben S. 79f .

Bei der Bestimmung des wichtigen Grundes ist der Vertragsfehler in doppelter Hinsicht zu berücksichtigen. Ob eine Pflichtverletzung des benachteiligten Gesellschafters vorliegt, ist an dem berichtigten Vertrag, also nicht an dessen fehlerhaften Teilen zu messen. Der Vertragsfehler kann die Pflichtverletzung darüber hinaus in einem milderem Licht erscheinen lassen.

Ist der benachteiligte Gesellschafter vor Aufdeckung des Vertragsfehlers unter Weiterbestehen der Gesellschaft ausgeschlossen worden, kann der Gesellschafter mit Rechtskraft des Ausschlußurteils weder seine Wiederaufnahme in die Gesellschaft verlangen noch erfolgreich die Auflösung der Gesellschaft betreiben.

Ein Ausschluß der übrigen Gesellschafter ist im gleichen Umfang wie bei der fehlerfreien OHG möglich. Eine unterschiedliche Behandlung der unbeteiligten Gesellschafter und derjenigen, die den Vertragsfehler verursacht haben, ist dabei nicht gerechtfertigt.

2. Ausschluß bei objektivem Vertragsfehler

Für die Untersuchung der Frage, welchen Einfluß die Vertragsfehler auf die Ausschließbarkeit der einzelnen Gesellschafter haben, bleibt eine Gruppe, die hier unter der Bezeichnung 'objektive Vertragsfehler' zusammengefaßt werden. Zu ihr gehören bestimmte Arten von Formfehlern, der Fall des § 306 BGB, des Dissenses, die Fälle des § 134 BGB und ein Teil der von § 138/I BGB erfaßten Sachverhalte¹⁾. Allen diesen Fehlern ist gemeinsam, daß sie nicht dem Schutz eines einzelnen Beteiligten dienen. In diesem rein negativen Kriterium erschöpft sich jedoch bereits die Gemeinsamkeit.

1) Liegt die Sittenwidrigkeit in dem Verhalten eines Beteiligten gegenüber einem anderen, handelt es sich um den Fall eines nach unserer Definition 'subjektiven' Vertragsfehlers.

Formgebote¹⁾, soweit sie nicht einen einzelnen vor Übereilung schützen und ihm fachmännische Beratung sichern sollen, können der Abschlusßklarheit, Inhaltsklarheit und Beweis=sicherung dienen. In diesem Fall bestehen sie im Interesse aller am Vertragsschluß beteiligten Gesellschafter. Darüber hinaus sind Formgebote aber auch zum Zweck der Erkennbarkeit für Dritte oder der Überwachung bzw. Erschwerung des Vertrags=schlusses denkbar. Dann bestehen sie im Interesse der Allge=meinheit.

§ 306 BGB beruht auf dem alle Beteiligten gleichmäßig schützenden Gedanken, daß von vornherein unsinnige Gestal=tungen von Rechtsbeziehungen keinen Bestand haben sollen²⁾.

Auch das Fehlen einer vertraglichen Bindung im Falle des versteckten Einigungsmangels besteht im Interesse aller Vertragspartner³⁾.

Das Nichtigkeitsgebot der §§ 134, 138 BGB dient dagegen, ab=gesehen von den zu 1. behandelten Fällen, dem Schutz der Allgemeinheit.

Die Gruppe der objektiven Vertragsfehler läßt sich demnach in Normen, die dem Schutz aller am Vertragsschluß Beteiligten dienen und solche Normen aufteilen, die im Interesse der Allgemeinheit bestehen.

1) Vgl. zum folgenden Heldrich AcP 147 S. 91ff.

2) Larenz, Schuldrecht I, § 7/I.

3) Im Falle des offenen Dissenses wird entweder eine vollgültige Gesellschaft oder eine Scheingesellschaft vorliegen. Gleichgültig, ob die Parteien den strittigen Punkt einer späteren Regelung vorbehalten wollten oder ob sie auf die Regelung verzichteten und damit konkludent einen neuen Vertrag schlossen, immer besteht eine fehler=freie Gesellschaft. Sollte der Vollzug dagegen nur nach außen gelten, und der Vertrag im Innenverhältnis nie wirksam werden, liegt eine Scheingesellschaft vor. Vgl. hierzu Pawlowski S. 163f.

a) Normen zum Schutz der Allgemeinheit

a1) Grenzen der Anerkennung einer Gesellschaft

Die Möglichkeit und das Bedürfnis einen Beteiligten auszu-schließen, besteht erst, wenn ein, fehlerhaftes oder fehler-freies, Gesellschaftsverhältnis existiert. Nichtigkeitsgebote, die dem Schutz der Allgemeinheit dienen, lassen oft die Aner-kennung einer fehlerhaften Gesellschaft nicht zu. Der Bundes-gerichtshof¹⁾ hat das in der bewußt²⁾ allgemein gehaltenen For-mel niedergelegt, daß "Einschränkungen insbesondere dort gebo-ten sind, wo die rechtliche Anerkennung des tatsächlich vor-handenen Zustandes mit gewichtigen Interessen der Allgemein-heit ... in Widerspruch treten würde."

Formnichtige Gesellschaften werden von dieser Einschränkung nicht erfaßt³⁾. Ein überwiegendes Gemeinschaftsinteresse im obigen Sinn besteht nur, wenn bestimmte Geschäfte nicht wie hier nur erschwert, sondern überhaupt verboten werden⁴⁾.

In vielen Fällen der §§ 134, 138 BGB dagegen, wenn Gegenstand und Zweck der Gesellschaft in schwerwiegender Weise gegen das Gesetz oder die guten Sitten verstoßen, geht das Schutz=bedürfnis der Allgemeinheit dahin, daß das Entstehen eines Gesellschaftsverhältnisses möglichst verhindert wird⁵⁾.

Die Ansicht Ganßsmüllers⁶⁾, der eine Einschränkung der Aner-kennung auch in diesen Fällen für nicht begründet hält und nur die Geschäftsführungspflichten entfallen läßt, ist nicht

1) BGHZ 3, 288.

2) Fischer : NJW 1958, 969.

3) Fischer : NJW 1955, 850.

4) Heldrich : AcP 147, 99.

5) Erman S. 63; Fischer : NJW 1958, a.a.O.; Haupt-Reinhardt S. 75; Hueck, Recht der OHG, S. 67; Lehmann, Gesellschafts=recht, S. 41; Schlegelberger-Geßler § 105 Anm. 62f.; Schumann : DR 1943, 1196; Siebert, Faktische Vertragsver=hältnisse, S. 62; Staudinger-Keßler § 705 Anm. 126; Westermann, Handbuch, RZ 776.

6) DB 1955, 259; ebenso Buchwald : GmbHR 1954, 148.

haltbar. Verstößt eine an die Stelle der rückwirkenden Nichtigkeit tretende Abwicklung gegen den Zweck des Verbotsgesetzes, kann eine fehlerhafte Gesellschaft nicht entstehen¹⁾. Abgesehen davon, daß der Zweck der jeweiligen Norm nicht vereitelt werden darf, muß die Rechtsordnung in diesen Fällen die Hilfe bei der Rückabwicklung verweigern²⁾. Es kann nicht Aufgabe eines Gerichtes sein, Streitigkeiten über die Gewinnverteilung oder die Abfindung nach einem Ausscheiden bei einer Gesellschaft zu entscheiden, die z.B. den Vertrieb von Falschgeld bezweckte.

Die für die Frage der Anerkennung als Gesellschaft erforderliche Wertung des Verbotsgesetzes bzw. des Sittenverstößes kann allerdings auch ergeben, daß das Nichtigkeitsgebot genügende Beachtung durch eine Auswirkung für die Zukunft erfährt³⁾. Das kann z.B. der Fall sein bei Verbotsgesetzen mit ordnungsrechtlichem Charakter⁴⁾ oder bei Verstößen gegen die guten Sitten, die durch den Ausschluß der Bindung für die Zukunft in einem milderen Licht erscheinen. Da dann eine Gesellschaft besteht, wird die Frage nach dem Umfang eines Ausschlußrechtes bedeutsam.

b1) Ausschlußzweck : Unternehmenserhaltung

Ein Ausschluß zum Zweck der Unternehmenserhaltung wäre nicht möglich, wenn die Gesellschaft wegen ihres verbotenen oder sittenwidrigen Zwecks notwendig zum Untergang bestimmt ist.

-
- 1) Eine Abwicklung wird in diesen Fällen meist schon deshalb nicht stattfinden können, weil das Gesellschaftsvermögen aufgrund öffentlich-rechtlicher Bestimmungen eingezogen oder beschlagnahmt werden kann. Meistens wird also bereits der Grundsatz des Zusammenhanges der Gesamtrechtsordnung einer Anerkennung entgegenstehen.
 - 2) Das ist nach überwiegender Ansicht der sachliche Grund für die Vorschrift des § 817/2 BGB. So v.Caemmerer : SJZ 1950, 649; Larenz, Schuldrecht II, § 63/III/b; Esser, Schuldrecht, § 194/2.
 - 3) Erman S. 65.
 - 4) Ein solcher Fall lag der Entscheidung BGH LM Nr.8 zu § 105 HGB zugrunde.

Die Gesellschaft kann jedoch weiter-geführt werden, sofern der Vertrag unter Umstellung auf einen erlaubten Zweck neu abgeschlossen wird. Die solcherart geheilte Gesellschaft ist identisch mit der ursprünglichen, fehlerhaften Gesellschaft¹⁾.

Sieht man lediglich auf den Charakter des Nichtigkeitsgrundes, so scheint hier dem unbeschränkten Ausschluß kein Abwicklungsrecht des auszuschließenden Gesellschafters entgegenzustehen. Die Auflösung erfolgt im Interesse der Allgemeinheit und nicht im Interesse eines oder aller Gesellschafter. Aus einer Norm, die nur dem Schutz der Allgemeinheit dient, kann ein einzelner kein Recht ableiten. Die Tatsache, daß jeder Gesellschafter den Nichtigkeitsgrund geltend machen kann, stellt danach lediglich eine Reflexwirkung des objektiven Rechts und nicht eine gewollte Begünstigung dar. Ein Ausschluß mit dem Ziel der Unternehmenserhaltung scheint demnach zulässig zu sein. Wie gezeigt²⁾, besteht die Funktion des Ausschlußinstituts aber nicht darin, das Unternehmen um jeden Preis zu erhalten, d.h. eine vor der Entstehung des Ausschlußgrundes nicht erreichbare Fortsetzung der Gesellschaft bzw. Weiterführung des Unternehmens zu ermöglichen. Für den vorliegenden Fall bedeutet das : Ein unbeschränktes Ausschlußrecht ist nur dann gegeben, wenn der auszuschließende Gesellschafter zur Fehlerbeseitigung und damit zu einem Neuabschluß des Vertrages verpflichtet ist.

Normalerweise besteht eine solche Pflicht nicht. So ganz deutlich Westermann³⁾, wenn er sagt, die Treuepflicht - nur daraus ließe sich eine Zustimmungspflicht ableiten - sei auf die Zeit des Bestehens der Gesellschaft und auf eine Mitwirkung zu einer gerechten Abwicklung begrenzt.

Es fragt sich, ob bei den hier untersuchten Vertragsfehlern ausnahmsweise etwas anderes gilt. Angenommen, die Gesellschafter haben vereinbart, die Ware X, die einen verbotenen

1) Vgl. oben S. 26 .

2) Siehe oben S. 91ff .

3) Westermann, Handbuch, RZ 768.

Bestandteil enthält, herzustellen und zu vertreiben. Der Gesellschaftsvertrag ist deshalb gemäß § 134 BGB nichtig. Das Verbot trifft für die verwandte Ware Y nicht zu. Bei einer Produktionsumstellung würde sich der neue Gegenstand der gesellschaftlichen Tätigkeit also nicht grundlegend vom ursprünglichen unterscheiden. Weigert sich ein Gesellschafter, einer Zweckänderung zuzustimmen und besteht er auf einer Abwicklung der OHG, so stützt er sein Vertrauen auf eine verbotene Vereinbarung. Man könnte der Ansicht sein, er müsse der Zweckänderung zustimmen, da dieses Vertrauen nicht schutzwürdig sei.

Auch die anderen Gesellschafter, die durch eine Hinwendung zu einem erlaubten Zweck die Gesellschaft für die Zukunft retten wollen, stützen ihr Vertrauen aber auf eine verbotene Vereinbarung. Anders wäre es nur, wenn man hinsichtlich der im Gesellschaftsvertrag verabredeten gemeinsamen Zweckverfolgung zwei Stufen unterscheiden könnte. Einmal die Vereinbarung einer abstrakten gemeinsamen Zweckverfolgung, d.h. die Beteiligten einigen sich zunächst darüber, überhaupt in gesellschaftlicher Form zusammenzuarbeiten. Dieser Rahmen würde dann durch die Vereinbarung eines konkreten Zwecks ausgefüllt. Mit Wegfall dieses Zwecks bliebe die von der Nichtigkeit nicht direkt berührte Basis- oder Rahmenvereinbarung. Die fortsetzungswilligen Gesellschafter würden sich so gesehen nicht auf eine verbotene Vereinbarung berufen.

Ein Vertrag der skizzierten Art ist zwar theoretisch denkbar und aufgrund der Vertragsfreiheit auch grundsätzlich zulässig¹⁾. Es ist aber nicht möglich, diese Zweiteilung ohne einen entsprechenden Willen der Beteiligten jedem Vertrag zu unterlegen. Normalerweise ist die Festlegung des konkreten Zwecks untrennbar mit der Vereinbarung des gesellschaftlichen Zusammenschlusses verknüpft. Beides stellt eine Einheit dar.

1) In einem solchen Fall wäre ein unbeschränkter Ausschluß also zulässig. Hier wird aber auch regelmäßig überhaupt keine fehlerhafte Gesellschaft vorliegen, da der Vertrag gemäß § 139 BGB geheilt sein wird.

Ist der Vertrag fehlgeschlagen, ist der einzelne Gesellschafter aufgrund des von dem Prinzip der Vertragsfreiheit umfaßten Grundsatzes der Abschlußfreiheit für die Zukunft frei. Eine Mitwirkungspflicht bei der Fehlerbeseitigung besteht mithin nicht¹⁾. Insoweit kann also auch bei den hier untersuchten Vertragsfehlern von einem Abwicklungsrecht des einzelnen Gesellschafters gesprochen werden.

Damit ist ein Ausschluß zum Zweck der Unternehmenserhaltung grundsätzlich nicht möglich. Ebenso wie bei der fehlerfreien OHG²⁾ und beim Ausschluß des benachteiligten Gesellschafters³⁾ ist diese Beschränkung der Ausschließbarkeit aber nicht gerechtfertigt, wenn der auszuschließende Gesellschafter kein schutzwürdiges Interesse an der Auflösung hat. Im wesentlichen gelten die dazu oben entwickelten Grundsätze. Als zusätzliches Beurteilungskriterium kann die Kenntnis vom Vorliegen des Vertragsfehlers bei Abschluß des Vertrages herangezogen werden. Kenntnis auf Seiten des auszuschließenden Gesellschafters wird die Ausschließbarkeit erleichtern, Kenntnis auf Seiten der ausschlußbegehrenden Gesellschafter wird den Ausschluß oft gänzlich unmöglich machen.

In einem Sonderfall der hier behandelten Fehlergruppen ist ein Ausschluß zum Zweck der Unternehmenserhaltung regelmäßig möglich. Dies gilt, wenn der Nichtigkeitsgrund in der Person eines Gesellschafters liegt. Ein solcher Fall ist z.B.

1) Dem steht nicht entgegen, daß ein Gesellschafter in einer fehlerfreien OHG unter dem Gesichtspunkt der Treuepflicht in Ausnahmefällen einer Änderung des Gesellschaftsvertrages zustimmen muß. (So BGH WM 1956, 352; LM Nr. 8 zu § 105 HGB; LM Nr. 13 zu § 161 HGB; LM Nr. 8 zu § 138 BGB; NJW 1968, 1960; Hueck, Recht der OHG, S. 126; Fischer; NJW 1954, 780). Es ist eben entscheidender Unterschied, ob ein Gesellschaftsverhältnis auf wirksamer Grundlage nur an veränderte Verhältnisse angepaßt werden soll oder ob diese wirksame Grundlage erst geschaffen werden soll.

2) Siehe oben S. 96 .

3) Siehe oben S. 104 .

denkbar, wenn eine OHG ein Gewerbe betreibt, für das jeder Gesellschafter einer persönlichen Gewerbeerlaubnis bedarf. Hat ein Gesellschafter bei Vertragsschluß nicht die erforderliche Erlaubnis, und ist auch eine nachträgliche Erteilung nicht möglich, müßte die Gesellschaft, sofern dem Gesellschafter nicht eine Kommanditistenstellung eingeräumt wird, eigentlich aufgelöst werden. Das wäre jedoch hier nicht gerechtfertigt. Gemessen an den Bewertungsprinzipien des § 140 HGB ist ein Ausschluß zulässig. Der potentielle Ausschlußgrund liegt in der Person des betreffenden Gesellschafters. Die Umstände, die der Erteilung der Erlaubnis entgegenstehen, gehören zu seinem Risikobereich, zu seinem selbst zu verantwortenden Lebensbereich. Diese Verantwortung ist ihm nur dann abgenommen, wenn alle Gesellschafter von der Unmöglichkeit der Erlaubniserteilung wußten oder wenn ausdrücklich vereinbart wurde, daß der betreffende Gesellschafter um keine Erlaubnis nachsuchen sollte¹⁾. Die übrigen Gesellschafter haben auch ein Fortsetzungsrecht. Es bietet sich insoweit ein Vergleich mit dem Fall des § 131 Nr. 5, 141 HGB an. In beiden Fällen liegt der Auflösungsgrund in der Person eines Gesellschafters, besteht aber nicht in seinem Interesse. Gemäß § 141 HGB haben die übrigen Gesellschafter unter Ausscheiden des in Konkurs gefallenen Gesellschafters das Recht, die Gesellschaft fortzusetzen. Ebenso ist es hier.

Im Gegensatz zu § 141 HGB kann auf das Klageerfordernis allerdings nicht verzichtet werden. Zwar kommt ein Ausschluß erst in Betracht, wenn die Verwaltungsbehörde die nachträgliche Erlaubniserteilung bestandskräftig abgelehnt hat, es besteht also wie im Fall des § 141 HGB insofern keine Unsicherheit über das Vorliegen eines Ausscheidensgrundes. Da hier aber erforderlich ist, daß die ausschließungsbegehrenden Gesellschafter von dem Nichtigkeitsgrund keine Kenntnis hatten, muß der Ausschluß wegen dieses Unsicherheitsfaktors durch Urteil erfolgen.

1) Wußte er allerdings allein von der Notwendigkeit einer Erlaubnis auch für ihn, ist ein Ausschluß evtl. möglich.

c1) Ausschußzweck : Liquidationssicherung

Ein Ausschluß zum Zweck der Liquidationssicherung ist wie in einer fehlerfreien OHG möglich. Wird die Vereinigung als Gesellschaft anerkannt, muß das Recht konsequenterweise die vorzunehmende Abwicklung vor störenden Gesellschaftern schützen.

Die Ausschließungsmöglichkeit besteht auch, wenn alle Gesellschafter den Vertragsfehler kannten; die Kenntnis entbindet nicht von der Pflicht, sich ordnungsgemäß zu verhalten.

b) Normen zum Schutz aller Beteiligten

Die letzte Gruppe von Vertragsfehlern, deren Einfluß auf die Ausschließbarkeit untersucht wird, wird durch Normen gebildet, die dem Schutz aller Beteiligten dienen. Es handelt sich um die oben erwähnten Formgebote¹⁾, die Fälle tatsächlicher oder rechtlicher Unmöglichkeit und den Fall des versteckten Einigungsmangels. Soweit eine gesellschaftsrechtliche Behandlung der fehlerhaften OHG überhaupt für zulässig gehalten wird, erstreckt man sie auf diese Fälle²⁾.

Ausgehend von unseren bisherigen Ergebnissen, kann die Frage nach dem Umfang des Ausschlußrechtes relativ leicht beantwortet werden. Eine evtl. Fortsetzung der Gesellschaft bedarf der Mitwirkung aller Gesellschafter. Da der jeweilige Auflösungsgrund im Interesse aller Gesellschafter besteht, hat jeder einen Anspruch auf Abwicklung der OHG. Daraus folgt, daß ein Ausschluß grundsätzlich nur zur Sicherung einer ordnungsgemäßen und gerechten Liquidation möglich ist. Nur wenn der betreffende Gesellschafter kein schutzwürdiges Interesse an der Abwicklung der Gesellschaft hat, ist auch ein unbeschränkter Ausschluß möglich.

1) Siehe oben S. 121 .

2) Hat der Dissens dazu geführt, daß sich die Parteien nicht darüber einig waren, ein Gesellschaftsunternehmen zu führen, liegt eine Scheingesellschaft vor.

c) Zusammenfassung

Dient ein Vertragsfehler nicht dem Schutz eines einzelnen Gesellschafters, so besteht er entweder im Interesse der Allgemeinheit - §§ 134, 138 BGB, sowie Formgebote, durch die der Vertragsschluß überwacht bzw. erschwert oder für Dritte erkennbar gemacht werden soll - oder im Interesse aller Gesellschafter - §§ 155, 306 BGB und Formgebote, die der Abschlußklarheit, Inhaltsklarheit und Beweissicherung dienen.

Das Allgemeininteresse kann es fordern, daß eine Vereinigung nicht als Gesellschaft anerkannt wird. Ob die Anerkennung versagt werden muß, ist durch eine Wertung des Verbotsgesetzes bzw. des Sittenverstoßes zu ermitteln.

Führt die Wertung zur Anerkennung eines Gesellschaftsverhältnisses, kann ein Gesellschafter, der eine ordnungsgemäße Liquidation verhindert, jederzeit ausgeschlossen werden. Steht ein Gesellschafter objektiv einer Fehlerbeseitigung im Wege, d.h. liegt der Nichtigkeitsgrund in seiner Person, kann er auch zum Zweck der Unternehmenserhaltung ausgeschlossen werden. In allen übrigen Fällen ist diese Maßnahme nur dann zulässig, wenn der Gesellschafter an der Abwicklung kein schutzwürdiges Interesse hat. Die Ausschließbarkeit wird in diesem Fall wesentlich dadurch beeinflußt, ob die ausschlußbegehrenden Gesellschafter oder der auszuschließende Gesellschafter bei Abschluß des Vertrages Kenntnis von der Fehlerhaftigkeit hatten.

Besteht der Vertragsfehler im Interesse aller Gesellschafter, ist ein Ausschluß grundsätzlich nur zur Sicherung der Liquidation möglich.

3. Teil

Formelle Voraussetzungen des Ausschlusses

Gemäß § 140 HGB kann der Ausschluß eines Gesellschafters nur durch eine gegen ihn gerichtete Klage aller übrigen Gesellschafter verwirklicht werden. Speziell für den Bereich der fehlerhaften OHG ergibt sich daraus die Frage, ob der Zweck bestimmter Fehlernormen es verlangt, auf das Klageerfordernis in gewissen Fällen zu verzichten und durch ein entsprechendes Gestaltungsrecht zu ersetzen (A) .

Nicht auf diesen Bereich begrenzt ist dagegen das Problem, ob unter Umständen eine Pflicht zur Mitwirkung bei der Ausschlußklage besteht (B) .

A. Form der Geltendmachung des Ausschlußverlangens

Für die meisten Arten von fehlerhaften Gesellschaften ist die Klage die angemessene Form, ein Ausschlußrecht geltend zu machen. Es besteht kein Grund, von dieser der Rechtssicherheit und Rechtsklarheit dienenden Regelung der §§ 140, 142 HGB abzugehen.

Die Gesellschafter können allerdings vereinbaren, daß der Ausschluß entgegen § 140 HGB durch einen einstimmig oder mit den Stimmen der Mehrheit gefaßten Beschluß erfolgt. Eine solche Vereinbarung ist zulässig, da § 140 HGB nicht entnommen werden kann, daß die Ausschlußmöglichkeit abschließend geregelt sein soll¹⁾. Solange eine derartige Absprache als 'richtig' d.h.

1) H.M. : BGHZ 31, 295; 32, 17; Hueck, Gesellschaftsbeschlüsse, S. 722; Recht der OHG, S. 320; Lehmann, Gesellschaftsrecht, S. 139; Baumbach-Duden § 140 Anm. 1; Ritter § 140 Anm. 5; Schlegelberger-Geßler § 140 Anm. 19; Weipert § 140 Anm. 32. Nähere Angaben zu der früher herrschenden gegenteiligen Ansicht bei Hueck, Gesellschaftsbeschlüsse, 722, Note 30. Neuerdings hat Merkel (BB 1960, 1039; MDR 1961, 729) Bedenken gegen die Erweiterung des Ausschließungsrechtes erhoben.

als nicht von der Fehlerhaftigkeit erfaßt, angesehen werden kann, muß sie auch innerhalb einer fehlerhaften Gesellschaft gelten.

Da eine solche Regelung das oft langwierige Ausschlußverfahren abkürzen kann und damit dem Interesse besonders schutzwürdiger Personen entgegenkommt, wäre zu überlegen, ob sie nicht in bestimmten Fällen der fehlerhaften Gesellschaft generell an die Stelle der gesetzlichen Regelung treten soll. Zu denken wäre hier an die Fälle der arglistigen Täuschung, der widerrechtlichen Bedrohung und der sittenwidrigen Übervorteilung eines oder mehrer Gesellschafter¹⁾. Ein selbständiges Gestaltungsrecht käme allerdings nur in Betracht, wenn sich in der Gesellschaft lediglich der oder die Veranlasser²⁾ des Vertragsfehlers und die benachteiligten Gesellschafter gegenüberstehen.

Wie läßt sich die Ersetzung der Klage durch ein entsprechendes Gestaltungsrecht dogmatisch rechtfertigen? In der fehlerfreien Gesellschaft bedarf es, gleichgültig, was sich die Mitgesellschafter haben zuschulden kommen lassen, stets einer Klage. Den ausschließungsbegehrenden Gesellschaftern kann hier die Erhebung einer Klage aber im Hinblick auf ihre fehlerfreie Bindung auch mit demjenigen, der jetzt einen Ausschlußgrund geschaffen hat, zugemutet werden. In unseren Fällen kann man jedoch nicht sagen, daß der Gesichtspunkt der erhöhten Verantwortung für die aus der fehlgeschlagenen Selbstgestaltung entstandenen Beziehungen³⁾ es immer erfordere, mit Rücksicht auf die anderen Gesellschafter die Entstehung eines gesellschaftlichen Schuldverhältnisses anzuerkennen. Da eine vollständige Nichtanerkennung der Gesellschaft aber ausscheidet,

-
- 1) Eine Ersetzung der Klage in diesen Fällen bejahen: Fischer: NJW 1958, 972; Beckmann S. 107, 152; BGHZ 47, 300. Ablehnend: Hueck, Recht der OHG, S. 59, 69; Schlegelberger-Gebler § 105 Anm. 621; Westermann, Handbuch, RZ 784.
 - 2) Ein gleichzeitiger Ausschluß mehrerer Gesellschafter ist möglich, Flechtheim § 117 Anm. 5; Weipert § 117 Anm. 11; Hueck, a.a.O. S. 108, 326.
 - 3) Siehe oben S. 65f.

dürften die benachteiligten Gesellschafter danach eigentlich nicht schlechter gestellt werden als bei rückwirkender Nichtigkeit¹⁾. Daraus folgt, daß hier von dem Klageerfordernis der §§ 140, 142 HGB abgewichen werden könnte.

Gegen eine solche Regelung spricht in erster Linie die dadurch hervorgerufene Rechtsunsicherheit. Sind sich die Parteien über das Bestehen des Ausschluß- oder Übernahmegrundes einig, so werden sie das Ausscheiden des betreffenden Gesellschafters in vielen Fällen vertraglich regeln. Eine Ausübung des Gestaltungsrechtes wird also erst relevant, wenn das Vorliegen des wichtigen Grundes umstritten ist. Dann herrscht aber bis zur einwandfreien Feststellung, ob der Ausschluß oder die Übernahme wirksam ist, Unsicherheit über die Rechtsstellung des betroffenen Gesellschafters. Die Unsicherheit wird in diesen Fällen wegen des Charakters der fraglichen Tatbestände, es müssen bestimmte subjektive Voraussetzungen vorliegen, besonders groß sein.

Geht man bei der Untersuchung, ob das Klageerfordernis entfallen soll, von dieser tatsächlichen Lage aus, so wird die obige Begründung ein wenig fragwürdig. Es besteht nämlich die Gefahr, daß der geltend gemachte Ausschlußgrund in Wirklichkeit nicht besteht. Für diesen Fall ist es nicht zu rechtfertigen, daß der betroffene Gesellschafter einer so tiefgreifenden Rechtsunsicherheit ausgesetzt ist. Die übrigen Gesellschafter können ihn zudem von heute auf morgen daran hindern, die Betriebsräume zu betreten, die Geschäftsbücher einzusehen usw. Man kann dem nicht entgegenhalten, daß er dieser Situation auch gegenüberstehe, wenn ein vertragliches Übernahme- oder Ausschlußrecht begründet sei. Die mögliche Benachteiligung ist dann durch seinen Willen gedeckt, das ist hier aber nicht gegeben.

1) Diese Folgerung zieht auch Fischer a.a.O. Fischer und der BGH begründen die rechtliche Möglichkeit, die Klage durch ein selbständiges Gestaltungsrecht zu ersetzen, ähnlich wie hier. Sie knüpfen an die Meinung an, nach der an die Stelle von fehlerhaften Vertragsbestimmungen die angemessene Regelung tritt. Angemessen sei hier die Zuerkennung eines Gestaltungsrechtes.

Außerdem ist zu beachten, daß der potentielle Schutz, den der benachteiligte Gesellschafter durch die Zuerkennung eines Gestaltungsrechtes erhält, nicht in allen Fällen der arglistigen Täuschung usw. notwendig ist. Bezieht sie sich nur auf eine einzelne Vertragsbestimmung, werden seine Belange i.d.R. durch eine Auswechslung dieser Bestimmung gewahrt. Fischer¹⁾ hält deshalb eine Klagepflicht nur dann für unzumutbar, wenn sich der betreffende Gesellschafter ohne die arglistige Täuschung nicht an der Gesellschaft beteiligt hätte, und ersetzt sie nur in diesen Fällen durch ein Gestaltungsrecht. Wenn man überhaupt von der Regelung der §§ 140, 142 HGB abweichen will, wäre es materiell richtig, in dieser Weise zu differenzieren. Das ist jedoch deshalb nicht möglich, weil dann zu der schon bestehenden Rechtsunsicherheit ein weiterer Unsicherheitsfaktor träte.

All diese Bedenken gegen die Zuerkennung eines Gestaltungsrechtes könnten aber zurückgestellt werden, wenn der benachteiligte Gesellschafter nur durch die Befreiung von der Klagepflicht angemessen geschützt werden könnte.

Fischer sagt, es sei untragbar, wenn der Betrogene in einer Zwei-Mann-OHG seine eigene volle Handlungsfreiheit im Innenverhältnis erst durch ein rechtskräftiges Übernahmeurteil erreichen könne. Das bedeute "in zahlreichen Fällen ein Zuwarten auf lange Zeit, in der der Betrogene dem Betrüger weiterhin ausgeliefert" sei. Deshalb müsse den benachteiligten Gesellschaftern ein selbständiges Gestaltungsrecht zugestanden werden.

An diesen Feststellungen ist richtig, daß die betreffenden Gesellschafter ein schutzwertes Interesse daran haben, ihre volle Handlungsfreiheit möglichst schnell zurückzugewinnen. Zu Dramatisierungen besteht jedoch kein Anlaß. Selbst wenn man die Rechte der Benachteiligten auf die Ausschlußklage beschränkt, kann man von einem "Ausgeliefertsein" nur in den seltensten Fällen sprechen. Außerdem kann dem Betrüger, darauf

1) Fischer : NJW 1958, 972.

weist auch Fischer hin, die Geschäftsführungs- und Vertretungsmacht durch einstweilige Verfügungen entzogen werden. Dadurch wird man i.d.R. einen relativ befriedigenden Zustand erreichen können.

Vollständige Handlungsfreiheit erhalten die benachteiligten Gesellschafter zudem auch bei Bestehen eines Gestaltungsrechtes erst durch eine gerichtliche Entscheidung. Der ausgeschlossene Gesellschafter hat einmal die Möglichkeit, eine negative Feststellungsklage zu erheben. Er ist aber nicht darauf angewiesen, von sich aus tätig zu werden, will er sich gegen den Ausschluß wehren. Gemäß § 143 HGB ist das Ausscheiden eines Gesellschafters von sämtlichen Gesellschaftern, also auch dem ausgeschiedenen¹⁾, zur Eintragung in das Handelsregister anzumelden. Weigert er sich, so müssen die übrigen Gesellschafter gerichtlich gegen ihn vorgehen²⁾. Damit wird auch das Argument des Bundesgerichtshofs entkräftet, nur bei Bestehen eines Gestaltungsrechtes habe der benachteiligte Gesellschafter die Möglichkeit schon vor Rechtskraft eines Ausschlußurteils einen anderen Teilhaber aufzunehmen³⁾. Ein Außenstehender wird sich hüten, der OHG ohne Zustimmung des 'ausgeschlossenen' Gesellschafters beizutreten, solange dieser noch im Handelsregister verzeichnet ist.

Im Hinblick auf das Außenverhältnis könnte durch das Klageerfordernis die Gefahr geschaffen werden, daß die auszuschließenden Gesellschafter wirtschaftlich nicht gerechtfertigte

-
- 1) Lediglich im Falle der §§ 140, 142 HGB ist eine Mitwirkung des ausgeschiedenen Gesellschafters überflüssig. Sie wird durch das rechtskräftige Urteil ersetzt, § 16 HGB. Vgl. auch Weipert § 140 Anm. 8.
 - 2) Das Registergericht hat zwar die Möglichkeit, die Mitwirkung des Gesellschafters durch ein Ordnungsstrafverfahren, §§ 14 HGB, 132ff FGG, zu erzwingen. Ersetzt werden kann seine Mitwirkung aber nur durch ein gerichtliches Urteil. Im übrigen ist es fraglich, ob das Registergericht in Fällen dieser Art von sich aus tätig werden wird, da die Rechtslage i.d.R. nicht eindeutig sein wird.
 - 3) BGHZ 17, 300.

Verpflichtungen begründen. Dieser Gefahr kann aber durch den Entzug der Vertretungsmacht mittels einstweiliger Verfügung begegnet werden.

Insgesamt gesehen bietet die Zubilligung eines Gestaltungsrechtes den benachteiligten Gesellschaftern also nicht so entscheidende Vorteile, daß es notwendig ist, die dadurch entstehende Rechtsunsicherheit, ob der Ausschluß oder die Geschäftsübernahme wirksam sind, in Kauf zu nehmen. Soweit nicht anders vereinbart, gelten die §§ 140, 142 HGB innerhalb der fehlerhaften Gesellschaft generell auch bezüglich der Geltendmachung eines Ausschlußrechtes.

B. Verpflichtung zur Mitwirkung bei der Ausschlußklage

Für den Bereich der fehlerhaften OHG ist umstritten, ob die Gesellschafter u.U. zur Mitwirkung bei der Ausschlußklage verpflichtet sind¹⁾. Die Lösung muß für die fehlerfreie und die fehlerhafte Gesellschaft gleich ausfallen. Der rechtspolitische Zweck des jeweiligen Anfechtungs- oder Nichtigkeitsstatbestandes wird durch eine etwa bestehende Mitwirkungspflicht nicht vereitelt. Das Auflösungsrecht eines benachteiligten Gesellschafters wird durch sie nicht berührt. Er kann dadurch also nicht gezwungen werden, die Gesellschaft fortzusetzen. Ebenso wenig fordert es dieser Zweck, daß bei Verneinung einer Mitwirkungspflicht für die fehlerfreie OHG eine solche Verpflichtung bei der fehlerhaften Gesellschaft angenommen wird. Obwohl demnach diese Frage keine

1) Das gleiche Problem besteht bei den Fällen der §§ 117, 127 HGB. Eine Mitwirkungspflicht bejahen : Böhm : DJZ 1928, 936; Fischer : NJW 1954, 780; NJW 1959, 1060; Gudénas S.122; Herschel : DR 1940, 721; Karger : DJZ 1928, 1074; Kohler : NJW 1951, 5; RGRK-Fischer § 712 Anm. 3, § 737 Anm. 4; Weipert § 140 Anm. 15; Westermann, Handbuch, RZ 220.

Eine Mitwirkungspflicht lehnen ab :
Gogos S. 67; Hueck, Hübner-Festschrift, S. 87, Recht der OHG, S. 107, 325; Lehmann, Gesellschaftsrecht, S. 112; Flechtheim § 117 Anm. 6; Schlegelberger-Geßler § 117 Anm. 7, § 140 Anm.9; Staudinger-Keßler § 737 Anm. 16.
Zweifelnd : OLG Nürnberg WM 1958, 712.

speziell durch die Fehlerhaftigkeit bedingte Problematik enthält, soll sie hier kurz erörtert werden, da sie umstritten ist und auch bei der fehlerhaften OHG bedeutsam werden kann.

Der Ausschluß eines Gesellschafters greift gestaltend in den Personenbestand einer Gesellschaft ein. Er bewirkt also eine Änderung der vertraglichen Grundlage der Gesellschaft. Daran anknüpfend argumentieren die Gegner einer Mitwirkungspflicht, daß nach dem Grundsatz der Vertragsfreiheit kein Gesellschafter einer Vertragsänderung zuzustimmen brauche. Zu einer Teilnahme an einer anders zusammengesetzten Gesellschaft sei niemand verpflichtet, deshalb könne jeder nach "freiem Ermessen"¹⁾ entscheiden, ob er an der Ausschlußklage mitwirken wolle.

Alle Vertreter dieser Meinung erkennen, daß es mit der Verneinung einer Mitwirkungspflicht nicht sein Bewenden haben kann. Sie verweisen die übrigen Gesellschafter deshalb auf die Möglichkeit, die Gesellschaft gemäß § 133 HGB aufzulösen. Unter besonderen Umständen soll die Weigerung, an einer Ausschlußklage teilzunehmen, einen Grund zum Ausschluß des sich weigernden Gesellschafters bilden.

Die Verweisung auf die Auflösung führt zum Zwang, die Gesellschaft zu zerstören, um deren Aufrechterhaltung es doch gerade geht²⁾.

Die Notlösung, den sich weigernden Gesellschafter auszuschließen, ist dogmatisch fragwürdig und läßt das Gebot der Anwendung des schonendsten Mittels außer acht. Wenn man einen

1) Der Vorwurf Huecks (Recht der OHG, S. 107 Note 91), die die Argumentation Weiperts (§ 117 Anm. 11) sei unklar, ist nicht berechtigt. Weipert spricht wie Hueck, vom "freien Ermessen" jedes Gesellschafters bei der Entscheidung zur Klagemitwirkung, bejaht aber andererseits, entgegen Hueck, in engen Grenzen eine Verpflichtung zur Mitwirkung.

Der Begriff des Ermessens (der Ausdruck 'freies Ermessen' ist ein Pleonasmus) schließt eine Einschränkung der Entscheidungsfreiheit, im Gegensatz zum Begriff des Beliebens, durch seine Wortbedeutung nicht aus. Vgl. die im Verwaltungsrecht übliche Einschränkung des Ermessens bei Ermessensüberschreitung und Ermessensfehlern.

2) Westermann, Handbuch, RZ 220.

Gesellschafter ausdrücklich für berechtigt erklärt, sich zu weigern, kann daraus kein Ausschluß-, sondern nur ein Auflösungsgrund abgeleitet werden. Dem betreffenden Gesellschafter ist dann die Verantwortung für die Folgen seines Handelns abgenommen; sie müssen von der Gemeinschaft getragen werden. Eine Klage auf Zustimmung zur Erhebung der Ausschlußklage ist außerdem das schonendere Mittel und erfüllt den gleichen Zweck. Es ist auch zu beachten, daß das Damoklesschwert des Ausschlusses einen starken psychologischen Druck auf den betreffenden Gesellschafter ausüben wird. Eine freie, unbeeinflusste Entscheidung, wie sie die Vertreter der die Mitwirkungspflicht ablehnenden Meinung sichern wollen, wird so illusorisch.

Vom Ergebnis her gesehen, vermag diese Meinung also nicht recht zu befriedigen. Dies müßte jedoch hingenommen werden, wenn die Verneinung der Mitwirkungspflicht dogmatisch zwingend geboten ist.

Allein die Tatsache, daß es sich beim Ausschluß um eine Form der Vertragsänderung handelt, kann nicht entscheidend sein. Ein Gesellschafter ist auch sonst u.U. verpflichtet, einer Vertragsänderung zuzustimmen¹⁾.

Ebensowenig kann entscheidend sein, daß der Ausschluß, wie Hueck hervorhebt²⁾, zu einer anders zusammengesetzten Gesellschaft führt. In den Fällen des freiwilligen Ausscheidens und der Neuaufnahme eines Gesellschafters hält auch Hueck einen Gesellschafter unter bestimmten Voraussetzungen für verpflichtet, an einer Gesellschaft mit verändertem Personenbestand teilzunehmen³⁾. Zwar handelt es sich in diesen Fällen nicht um eine zwangsweise Änderung der personellen Zusammensetzung⁴⁾. Dieser Unterschied kann aber schon deshalb

1) Vgl. oben S. 126 Note 1.

2) Recht der OHG, S. 326.

3) Hueck a.a.O. S. 126. Ebenso Staudinger-Keßler § 709 Anm. 21.

4) Hueck stützt seine Ablehnung der Mitwirkungspflicht nicht - jedenfalls nicht ausdrücklich - auf den Zwangscharakter des Ausschlusses.

nicht generell ausschlaggebend sein, weil der Zwangscharakter des Ausschlusses nicht notwendig ein Motiv für die Weigerung sein muß, an der Klage mitzuwirken. Die Weigerung kann auf ganz anderen Gründen beruhen. Es würde also genügen, den Zwangscharakter des Ausschlusses im Einzelfall gebührend zu berücksichtigen.

Endgültigen Aufschluß darüber, ob eine Pflicht zur Mitwirkung beim Ausschluß besteht, kann nur eine Untersuchung über den Charakter des Ausschlußrechtes geben. Es ist also die Stellung des Ausschlußrechtes im System der gesellschaftlichen Rechte zu klären.

Man kann innerhalb der Gesellschaftsrechte zwischen organ= gesellschaftlichen, eigennützigen und solchen Rechten unterscheiden, die sowohl organschaftliche wie eigennützige Elemente enthalten.

Ein organschaftliches Recht ist z.B. das Recht zur Geschäftsführung gemäß § 114 HGB. Es ist dem einzelnen als Mitglied der Gemeinschaft verliehen und besteht überwiegend im Interesse der OHG. Demgemäß hat jeder Gesellschafter seine Geschäftsführung so auszurichten, daß sie dem Gesellschaftsinteresse objektiv förderlich ist. Könnte man das Ausschlußrecht in diese Gruppe einreihen, so wären die Gesellschafter bereits dann verpflichtet, von dieser Befugnis Gebrauch zu machen, wenn das Wohl der Gesellschaft objektiv gefährdet ist¹⁾. Das Ausschlußrecht kann jedoch nicht zu den organschaftlichen Mitgliedschaftsrechten gezählt werden, da sein Inhalt die Grundlagen der Gemeinschaft berührt und der einzelne Gesellschafter deshalb bei seiner Ausübung nicht für die Gemeinschaft, als deren Organ handelt²⁾.

Auch zu den eigennützigen Rechten, das sind die im eigenen Interesse der Gesellschafter bestehenden Rechte, kann die

1) So Karger : DJZ 1928, 1074; Herschel : DR 1940, 721; Kohler : NJW 1951, 6.

2) Ebenso Fischer : NJW 1954, 778; Hueck, Hübner-Festschrift, S. 87.

Ausschlußbefugnis nicht gerechnet werden. Zwar darf der einzelne Gesellschafter bei seiner Entscheidung Sonderinteressen berücksichtigen, es ist aber zu beachten, daß es in den Fällen des potentiellen Ausschlusses um die Existenz der Gesellschaft bzw. des Unternehmens geht. Anders als bei den eigennützigen Rechten, wie z.B. dem Informations- und Kontrollrecht gemäß § 118 HGB, berührt die Nichtausübung des Ausschlußrechtes die Interessen der Mitgesellschafter. Der einzelne Gesellschafter darf also nicht außer acht lassen, daß er sich mit den anderen Gesellschaftern zur Förderung eines gemeinsamen Zwecks verbunden hat¹⁾.

Danach wäre eine Verpflichtung zur Mitwirkung an einer Ausschlußklage nicht gänzlich ausgeschlossen. Das Ausschlußrecht wird zur Ausschlußpflicht, wenn ein Grund zur Weigerung nicht vorliegt oder der geltend gemachte Grund absolut sachfremd oder sonst willkürlich erscheint.

Ein letztes Bedenken der Gegner dieser Ansicht gilt es noch auszuräumen. Sie glauben, daß die für die Annahme einer Mitwirkungspflicht entscheidende Frage, ob die geltend gemachten Sonderinteressen bestehen bzw. billigenswert sind, in der Praxis nicht entschieden werden könne, da sie allein nach der persönlichen Einstellung jedes Gesellschafters beantwortet werden könne²⁾.

Die genannten Autoren übersehen bei ihrer Lösung, daß auch sie dieser Entscheidung nicht immer ausweichen können. Bei der Beurteilung der Frage, ob die Weigerung einen Ausschlußgrund bildet, müssen nämlich die Gründe für das Verhalten des Gesellschafters ebenso berücksichtigt werden wie bei der Prüfung einer Mitwirkungspflicht. Damit entfällt dieser vermeintliche Vorteil ihrer Lösung.

Es ist zuzugeben, daß die Entscheidung über die Berechtigung der Weigerung nicht einfach ist, unmöglich ist sie jedoch

1) Fischer a.a.O. S. 780.

2) Hueck, Recht der OHG, S. 108.

nicht. Hat in einer Gesellschaft, die aus den Gesellschaftern A, B und C besteht, der A eine strafbare Handlung begangen, die objektiv seinen Ausschluß rechtfertigt, so kann B z.B. einwenden, für ihn bleibe der A ein Ehrenmann, außerdem wäre er einer Gesellschaft ohne A nicht beigetreten. Obwohl beide Argumente, die der Annahme einer Mitwirkungspflicht u.U. entgegenstehen würden, im subjektiven Bereich wurzeln, sind sie rational begründbar und können damit auf ihren Wahrheitsgehalt überprüft werden.

Fraglich ist, ob die danach mögliche Klage auf Zustimmung mit der Ausschlußklage verbunden werden kann. Da auf der Aktivseite des Ausschlußprozesses eine notwendige Streitgenossenschaft i.S. des § 62 ZPO besteht, ist die Ausschlußklage vor Rechtskraft des Zustimmungsurteils (§ 894 ZPO) wegen Fehlens des Prozeßführungsrechtes der ausschlußbegehrenden Gesellschafter eigentlich unzulässig. Formell gesehen müßten beide Verfahren also nacheinander abgewickelt werden¹⁾.

Es spricht jedoch vieles dafür, die Klageverbindung trotz der "begrifflichen Schwierigkeit" zuzulassen²⁾. Sie erspart einen selbständigen Rechtsstreit und entspricht damit dem Grundsatz der Prozeßökonomie. Zudem ist zu beachten, daß die Frage, ob die Weigerung berechtigt ist, erst entschieden werden kann, nachdem das Ausschlußbegehren, d.h. die Schwere des geltend gemachten Ausschlußgrundes geprüft worden ist. Der Prozeßstoff ist also über weite Strecken identisch. Schließlich verletzt die Klageverbindung auch keine Interessen des sich weigernden und des auszuschließenden Gesellschafters.

1) So wohl Weipert § 117 Anm. 11.

2) So die überwiegende Meinung : Westermann, Handbuch, RZ 220; Baumbach-Duden § 117 Anm.1; Fischer : NJW 1959, 1060; Kohler : NJW 1951, 6. Ebenso für den gleichliegenden Fall, daß die Entziehungsklage gemäß § 117 HGB aufgrund eines Mehrheitsbeschlusses erhoben werden kann und ein überstimmter Gesellschafter seine Mitwirkung bei der Klageerhebung verweigert : Fischer a.a.O.; Flechtheim § 117 Anm. 6; Hueck, Recht der OHG, S. 115; Schlegelberger-Geßler § 117 Anm. 8; Wieland S. 575.

Wenig zweckmäßig ist es, den zur Mitwirkung Verpflichteten zu zwingen, an der Ausschlußklage als Partei teilzunehmen¹⁾. Mit Westermann²⁾ ist hier mit einer Ermächtigung zur Prozeßführung zu helfen, die in der durch das rechtskräftige Urteil fingierten Zustimmungserklärung liegt. Die ausschlußbegehrenden Gesellschafter handeln damit in Prozeßstandschaft für den zur Mitwirkung verpflichteten Gesellschafter.

1) Da in aller Regel der Erlaß des Ausschlußurteils und des Zustimmungsurteils zeitlich zusammenfallen wird, taucht dieses Problem nur auf, wenn das Zustimmungsurteil vor dem Ausschlußurteil rechtskräftig wird.

2) Westermann, Handbuch, RZ 220.

4. Teil

Rechtsfolgen des Ausschlusses bzw. der Geschäftsübernahme

Die Rechtsfolgen, die sich an den Ausschluß aus einer fehlerhaften OHG knüpfen, sollen nur insofern erörtert werden, als sich möglicherweise Unterschiede zur Rechtslage bei der fehlerfreien OHG ergeben, da Streitpunkte hier kaum bestehen¹⁾.

A. § 738/I/1 BGB

Gemäß § 738/I/1 BGB, der auch für die OHG gilt, wächst mit dem Ausscheiden eines Gesellschafters sein Anteil am Gesellschaftsvermögen den übrigen Gesellschaftern zu. Diese bildhafte Wendung des Gesetzes bringt zweierlei zum Ausdruck :

1. Das Ausscheiden aus dem Personenverband Gesellschaft ist der Rechtsgrund für den Verlust der dinglichen Mitberechtigung am Gesellschaftsvermögen.
2. Dieser Verlust vollzieht sich ipso iure mit dem Verlust der Mitgliedschaft. Rechtsgeschäftliche Übertragungsakte sind also nicht notwendig.

Tritt diese Rechtsfolge auch beim Ausscheiden aus einer fehlerhaften OHG ein ?

Nach allgemeiner Auffassung ist der in § 738/I BGB niedergelegte Grundsatz notwendiger Ausfluß des Gesamthandprinzips. Alleinige Voraussetzung für sein Eingreifen ist daher das Bestehen eines Gesamthandvermögens²⁾. Seine Geltung erklärt sich aus dem Wesen der Gesamthandsberechtigung.

Das Gesamthandsprinzip ist ein Prinzip des menschlichen Handelns, es berührt daher in keiner Weise die Rechtszuständigkeit³⁾. Die Gesamthand schafft kein einheitliches Subjekt für

1) Zu den Rechtsfolgen vgl. bereits oben S. 41ff .

2) Vgl. z.B. Fischer : NJW 1955, 852; Canter : NJW 1966, 1554; Larenz : JJ 83, 161; Oertmann § 736 Anm. d; Staudinger-Kießler § 736 Anm. 5; RGRK-Fischer § 738 Anm. 1; RGZ 68, 413.

3) Buchda S. 265.

das Gesellschaftsvermögen,¹⁾ Zurechnungsendsubjekt sind die einzelnen Gesellschafter²⁾. Jeder ist Inhaber des gesamten Vermögens. Die einzelnen Gesellschafter sind jedoch nicht völlig unverbunden Inhaber der Rechte. Sie sind Mitglieder einer personenrechtlichen Gemeinschaft und nur in dieser mitglied=schaftlichen Gebundenheit Inhaber des Vermögens³⁾. Insofern kann man sagen, daß der Anteil am Gesellschaftsvermögen als der Inbegriff aller aus der vermögensmäßigen Beteiligung entspringenden Rechte ein Teil der Mitgliedschaft ist⁴⁾. Das

-
- 1) An der Frage, ob ein subjektives Recht mit mehreren Subjekteinheiten verbunden werden kann, ohne daß diese zusammen wieder eine Einheit bilden, haben sich die Geister immer wieder entzündet. In der verschiedenen Beantwortung dieser Frage liegt der Ursprung für die zahlreichen Theorien über das Wesen der Gesamthand.
 - 2) Die OHG ist also keine juristische Person. Das bedeutet aber nicht, daß gesamthänderische Gemeinschaften und juristische Personen "durch eine unüberbrückbare Kluft geschieden sind". Enneccerus-Nipperdey, Allgemeiner Teil, S. 618 Note 17; Hueck, Recht der OHG, S. 24; Buchda S. 235. Anders O.v.Gierke, Deutsches Privatrecht I, S. 481, der davon ausgeht, daß Gesellschaften von den Körperschaften "durch einen scharfen begrifflichen Einschnitt gesondert sind". Die Annäherung an die juristische Person ergibt sich für die OHG aus § 124 HGB. Vgl. dazu Kämmerer : NJW 1966, 801 : Die OHG als solche genießt Rechtssubjektivität für den Rechtserwerb, nicht für die Rechtsträgerschaft. Sie ist zwar Zurechnungsobjekt, nicht aber Zurechnungsendsubjekt. § 124 HGB gibt der OHG also eine Rechtssubjektivität als Handlungsfähigkeit. Diese Handlungsfähigkeit ermöglicht es in der Form der Rechts- bzw. Pflichtstandschaft Rechte und Pflichten für Dritte, die Gesellschafter zur gesamten Hand, zu erwerben und zu begründen.
 - 3) Sog. Theorie der ungeteilten Gesamtberechtigung (Begriffsprägung von Oertmann Anm. 4c vor § 705). So Staudinger-Kießler Anm. 42a vor § 705; Gierke, a.a.O., S. 664; Düringer-Hachenburg-Geiler S. 30; Westermann, Sachenrecht, § 29/I/2; Esser, Schuldrecht, S. 730; Buchda S. 305; Würdinger, Gesellschaften, S. 61; Lehmann, Gesellschaftsrecht, S. 83.
 - 4) Buchda a.a.O.; Larenz, Schuldrecht II, § 56 IVa.

Gesamthandsvermögen ist also Ausfluß des gesellschaftlichen Zusammenschlusses. Es tritt dadurch aus der Privatsphäre des Einzelmitgliedes heraus und wird zu einem geschlossenen Sondervermögen¹⁾.

Auf dieser Grundlage wird die Regelung des § 738/I/1 BGB verständlich. Der automatische Verlust der dinglichen Mitberechtigung ist notwendige Folge des Verlustes der Mitgliedschaft, ja in diesem eingeschlossen. Auf der Seite der Gesellschaft bedeutet die Anwachsung eine Ausdehnung der bisher durch den konkurrierenden Anteil komprimierten Mitberechtigung²⁾.

Besteht kein Gesamthands-, sondern Bruchteils- oder Alleineigentum, kann das Ausscheiden diesen Verlust der dinglichen Berechtigung nicht bewirken. Das Vermögen bleibt der Privatsphäre des einzelnen Gesellschafters zugeordnet. Da kein Sondervermögen besteht, ist die vermögensmäßige Stellung nicht mit der Mitgliedschaft verschmolzen³⁾.

Damit die Rechtsfolge des § 738/I/1 BGB eintritt, muß die fehlerhafte Gesellschaft also ein gesamthänderisch gebundenes Gesellschaftsvermögen haben.

Bei der Anwendung der allgemeinen Grundsätze würde Gesamthandseigentum nicht entstehen. Die Gesamthand ist vom Gesetz nur in ganz bestimmten Fällen aufgrund besonderer Rechtsbeziehungen vorgesehen. Darüber hinaus kann sie weder ipso iure noch durch Parteiwillkür geschaffen werden⁴⁾. Diese notwendige,

1) Darauf wird bereits in RGZ 16, 2 hingewiesen.

2) Wieland S. 650. Statt 'anwachsen' oder 'zuwachsen' würde man daher besser von 'wachsen' sprechen, da die verbleibenden Gesellschafter nichts Neues hinzuerwerben.

3) Bei der Bruchteilsgemeinschaft ist das Gemeinschaftsverhältnis Folge der dinglichen Mitberechtigung. Eine Bindung der Rechtszuständigkeit an die Mitgliedschaft in der Gesellschaft würde dem Wesen der Bruchteilsgemeinschaft widersprechen.

4) Aus dem Gesetz läßt sich dieses Verbot den §§ 137, 741 BGB entnehmen. Vgl. dazu näher Ruland S. 4ff.

spezifische Rechtsbeziehung besteht auch bei der Gesellschaft auf fehlerhafter Vertragsgrundlage. Sie wurde als ein gesellschaftsrechtliches Schuld- und Organisationsverhältnis erkannt. Die dogmatische Grundlage für die Annahme eines Gesamthandvermögens besteht also. Allein dieses entspricht auch der Struktur des Rechtsverhältnisses, indem es die notwendige Einheitlichkeit durch Ausschluß von Sonderrechtsverhältnissen an Einzelgegenständen schafft, damit verhindert, daß das Vermögen durch Einzelmaßnahmen eines Gesellschafters oder eines Gläubigers auseinandergerissen wird, eine Auseinandersetzung im Wege der Liquidation ermöglicht und so die Rückgängigmachung von einzelnen Vermögensänderungen vermeidet¹⁾. Seine Notwendigkeit zeigt sich gerade für den Fall des Ausschlusses eines Gesellschafters, da der Gesellschafter sonst ein Teil ihres Betriebsvermögens entzogen würde.

Gleichwohl müßte das Bestehen eines Gesamthandvermögens abgelehnt werden, wenn seine Wirkungen für einen schutzwürdigen Personenkreis unzumutbar wären.

Für Außenstehende hat die Existenz eines gesellschaftlichen Sondervermögens zwei nachteilige Folgen. Verfügungen eines Gesellschafters sind dann nicht wirksam, wenn sie nicht vom Gesamtwillen getragen sind. Der Privatgläubiger eines Gesellschafters ist auf die Pfändung eines Gesellschaftersanteils angewiesen, wozu er einen nicht nur vorläufig vollstreckbaren Titel braucht. Vorher kann er nur den Anspruch auf den Gewinnanteil geltend machen.

Das Interesse dieser Personen kann aber auf die Entscheidung keinen Einfluß ausüben, da sie die Nachteile auch bei einer fehlerfreien OHG tragen müssen und keine der fraglichen Fehlernormen ihr Interesse schützt.

1) Im Gegensatz zur BGB-Gesellschaft ist bei der OHG die Existenz eines Gesamthandvermögens nicht nur zweckdienlich, sondern zwingend. Vgl. Hueck, Recht der OHG, S.158; Schafheutle S. 88; Weipert § 105 Anm. 37.

Das Interesse des einzelnen Gesellschafters an der Verfügbarkeit über ihm, im Falle einer Bruchteilsgemeinschaft, gehören den Vermögensteile muß aus den gleichen Gründen zurücktreten, aus denen er seine Einordnung in ein gesellschaftliches Schuld- und Organisationsverhältnis dulden muß.

Auch die fehlerhafte Gesellschaft hat also gesamthänderisch gebundenes Vermögen¹⁾. Mit dem Ausscheiden eines Gesellschafters wächst damit sein Anteil am Gesellschaftsvermögen gemäß § 738/I/1 BGB den übrigen Gesellschaftern zu²⁾.

B. Abfindungsanspruch

Als Surrogat für den Verlust seiner dinglichen Mitberechtigung am Gesellschaftsvermögen erhält der ausscheidende Gesellschafter einen schuldrechtlichen Abfindungsanspruch gegen die Gesellschaft³⁾. Drei Fragen stellen sich in diesem Zusammenhang für den Bereich der fehlerhaften OHG.

Hat der ausscheidende Gesellschafter einen Anspruch auf Rück=erstattung seiner Einlage ? (I)

Wie ist die Rechtslage, wenn im Gesellschaftsvertrag eine Nennwertabfindung festgelegt ist ? (II)

Wie wirken sich eventuelle Schadensersatzansprüche auf das Abfindungsguthaben aus ? (III)

-
- 1) Erman S. 73; Fischer : NJW 1955, 852; NJW 1958, 971; Siebert, Faktische Vertragsverhältnisse, S. 59; Hueck, Recht der OHG, S. 70; Lehmann, Gesellschaftsrecht, S. 40; Haupt-Reinhardt S. 73; Baumbach-Duden Anm. B,F,H zu § 105 HGB; Schlegelberger-Geßler § 105 Anm. 62c; Staudinger-Keßler § 705 Anm. 120; Weipert § 105 Anm. 73; Westermann, Handbuch, RZ 779; BGHZ 17, 160.
 - 2) So ausdrücklich Fischer : NJW 1955, 852; Westermann a.a.O.; Hueck a.a.O. Im Ergebnis auch Ruland S. 84.
 - 3) Zur Berechnung dieses Anspruchs siehe oben S. 41 ff .

I. Recht auf Rückerstattung der Einlage

Abweichend von der gesetzlichen Regelung wird heute überwiegend jedem Gesellschafter in der Auseinandersetzung ein besonderes Rückforderungsrecht auf seine noch in Natur vorhandene Einlage in Anrechnung auf seinen Liquidationsanteil zugebilligt¹⁾. Dieser Ansicht ist grundsätzlich zuzustimmen.

Der Grund, warum normalerweise ein solches Rückforderungsrecht nicht besteht, kann in folgendem gesehen werden : Vielfach wird wegen der Dauer des Zusammenschlusses die ursprüngliche Einlage nicht mehr in Natur vorhanden sein, so daß diese Frage, im Regelfall von nicht allzu großer Bedeutung ist. In den übrigen Fällen würde ein bestehendes Rückforderungsrecht oft die Möglichkeit vereiteln, anstelle der Liquidation das Unternehmen im Ganzen, sei es an einen Gesellschafter, sei es an einen außenstehenden Dritten, zu veräußern, was finanziell meistens günstiger ist als eine Einzelversilberung aller Unternehmensbestandteile. Abgesehen davon würde die Herausnahme der Einlagen auch eine Einzelveräußerung erschweren, da die verschiedenen Einlagen oft mit anderen Gegenständen eine Sachgesamtheit bilden, die besser insgesamt veräußert wird. Das für den Bereich der fehlerfreien OHG bestehende Verbot der Rückübereignung der Einlagen ist dort also wohlbegründet und hilft, Streit zu vermeiden.

Der diesem Verbot zugrunde liegende Gedanke des Vorrangs des Gemeinschaftsinteresses gilt aber nicht im gleichen Umfang bei der fehlerhaften OHG. Es ist zu beachten, daß diese auf einer von vornherein fehlgeschlagenen Selbstgestaltung von Rechtsbeziehungen beruht und eigentlich keine Vermögensgemeinschaft hätte gebildet werden sollen. Gegenüber dieser

1) Engelskirchen S. 129ff; Beckmann S. 113; Erman S. 81; Hueck, Recht der OHG, S. 67; in beschränktem Umfang auch Ambos S. 97; grundsätzlich ablehnend, aber für Anspruch auf Ankauf zum Liquidationspreis Ruland S. 77.

Überlegung müssen die Gründe, die für einen Ausschluß der Rückforderungsmöglichkeit der Einlage sprechen, zurücktreten.

Der seine Einlage zurückfordernde Gesellschafter muß aber gewisse Beschränkungen dulden. Einmal darf er seinen Anspruch solange nicht geltend machen, wie seine Einlage zur sachgemäßen Durchführung der Liquidation benötigt wird. Zum anderen muß er sich grundsätzlich den Betrag auf seinen Liquidationsanteil zusätzlich anrechnen lassen, um den sich der Liquidationserlös durch die Herausnahme der Einlage über ihren Wert hinaus vermindert¹⁾.

Hat nun auch ein ausgeschlossener Gesellschafter ein so ausgestaltetes Recht auf Rückforderung seiner Einlage? Legt man das gesellschaftsrechtliche Gleichbehandlungsgebot zugrunde und berücksichtigt man, daß der Ausschluß keinen Strafecharakter hat, kann dem Ausgeschlossenen dieses Recht grundsätzlich nicht verweigert werden.

Erfolgt der Ausschluß zum Zweck der Fortsetzung der Gesellschaft, besteht das Rückforderungsrecht allerdings nicht, da vermutet werden kann, daß die Einlage notwendig ist, um den Gesellschaftszweck zu erreichen²⁾.

Wurde der Gesellschafter dagegen nur zum Zweck der Sicherung der Liquidation ausgeschlossen, wird man einen Herausgabeanspruch in gleichem Umfang, wie er für die übrigen Gesellschafter in der Liquidation besteht, anerkennen müssen. Ein sachlicher Grund zur Ungleichbehandlung besteht nicht.

1) Verlangen allerdings alle Gesellschafter ihre Einlage zurück, so wird man auf diese Regelung verzichten müssen. In diesem Fall könnten die auf die einzelnen Gesellschafter entfallenden Beträge auch kaum noch ermittelt werden.

2) Man wird diese Vermutung als unwiderleglich ansehen müssen, da sonst eine Quelle für Streitigkeiten geschaffen wurde.

II. Nennwertabfindung

Da die Bestimmungen über die Berechnung des Abfindungsguthabens nicht zwingend sind, können die Parteien im Gesellschaftsvertrag beliebige abweichende Vereinbarungen treffen. Häufig wird dabei der Berechnungsmodus in der Weise festgelegt, daß der Ausscheidende nur den Nennwert seiner Beteiligung erhält, indem etwa die Buchwerte der letzten Bilanz maßgebend sein sollen¹⁾. Der Ausscheidende nimmt dann an den Reserven und dem inneren Geschäftswert nicht teil.

Findet sich eine solche Bestimmung in einem fehlerhaften Gesellschaftsvertrag, ist sie grundsätzlich zu beachten. Wird sie jedoch von der Fehlerhaftigkeit erfaßt, so ist sie durch eine angemessene Regelung zu ersetzen. I.d.R. wird der ausscheidende Gesellschafter dann auch an den Reserven und dem inneren Geschäftswert zu beteiligen sein.

Erfolgt der Ausschluß zur Liquidationssicherung, so kann eine Nennwertabfindung, auch wenn die Vereinbarung nicht fehlerbehaftet ist, für den betreffenden Gesellschafter unzumutbar sein und Strafcharakter annehmen und zwar besonders dann, wenn die offenen und stillen Reserven sehr hoch sind. In einem solchen Fall kann es der Treuegedanke fordern, daß die übrigen Gesellschafter ein günstigeres Angebot über die Berechnung der Abfindung machen.

III. Schadensersatzansprüche

Ebenso wie bei der fehlerfreien OHG kann die Auseinandersetzung mit dem ausscheidenden Gesellschafter durch Schadensersatzansprüche der Gemeinschaft der übrigen Gesellschafter gegen den Ausscheidenden beeinflußt werden. Das führt gegebenenfalls dazu, daß der Ausgeschlossene nicht nur per Saldo nichts erhält, sondern noch Ansprüche der übrigen Gesellschafter zu gewärtigen hat²⁾. Allgemeine Regeln lassen sich

1) Vgl. RGZ 117, 238; RG JW 1930, 3743.

2) Darauf weist auch Ganssmüller in DB 1955, 260 hin.

nur schwer aufstellen, da es hier besonders auf die Umstände des jeweiligen Einzelfalles ankommt. An drei Beispielen sollen die grundsätzlichen Gestaltungsmöglichkeiten aufgezeigt werden.

1. In einer OHG, bestehend aus A, B und C, hat A den B bei Abschluß des Gesellschaftsvertrages widerrechtlich getäuscht. Wegen dieser Täuschung wird A unter Weiterbestehen der Gesellschaft ausgeschlossen.

Es besteht zunächst die Möglichkeit, daß B gegen A aufgrund der Täuschung einen Ersatzanspruch gemäß §§ 123, 823, 826 BGB wegen eines Schadens hat, den er in seinem privaten Bereich erlitten hat. Durch diese Forderung wird die Höhe des Abfindungsguthabens des A direkt nicht berührt, da es sich nicht um einen Sozialanspruch handelt¹⁾. Allerdings kann B das Abfindungsguthaben des A, bzw. den Anspruch darauf pfänden.

Nun kann die OHG durch das vorzeitige Ausscheiden des A Verluste erleiden. Denkbar ist etwa, daß A besondere Kenntnisse und Fähigkeiten hatte und daß ein gleichwertiger Nachfolger für seine Funktion nicht oder nicht so schnell gefunden werden kann. Das schuldhafte Verhalten gegenüber B bedeutet gleichzeitig eine Pflichtverletzung gegenüber der Gesellschaft, für die A einzustehen hat, da jeder Gesellschafter verpflichtet ist, keinen Ausschlußgrund schuldhaft zu setzen²⁾. Der Schaden, den die OHG durch seinen Ausschluß erleidet, mindert die Höhe seines Abfindungsguthabens.

2. Stehen sich in der Gesellschaft nur täuschende und getäuschte Gesellschafter gegenüber, so gelten im Prinzip die obigen Grundsätze. Das bedeutet, es ist zu unterscheiden

-
- 1) Eine sofortige Verrechnung mit dem Abfindungsguthaben würde für den benachteiligten Gesellschafter u.U. zwar vorteilhaft sein, da ihm dann ein mögliches gerichtliches Vorgehen gegen den ausgeschlossenen Gesellschafter erspart bliebe; sie ist aber unzweckmäßig, da so ein Streit über die Höhe des Anspruches in den innergesellschaftlichen Bereich getragen würde. In einer zweigliedrigen OHG ist die Unterscheidung zwischen den Ansprüchen des einzelnen Gesellschafters und denen der OHG natürlich nicht durchführbar. Dementsprechend wirkt sich hier jeder Schadensersatzanspruch direkt auf die Höhe der Abfindungsguthaben aus.
- 2) Für den Bereich der fehlerfreien OHG bejahen Schadens=

zwischen dem Schaden, den jeder getäuschte Gesellschafter in seinem privaten Bereich erleidet, und dem Schaden der OHG. Nur der letztere kann mit dem Abfindungsguthaben verrechnet werden.

3. Gesellschafter, die in den Schutzbereich eines Vertragsfehlers einbezogen sind, können solange der Vertrag nicht geheilt ist, grundsätzlich nur zum Zweck der Liquidationssicherung ausgeschlossen werden¹⁾. Da die Gesellschaft in diesen Fällen also aufgelöst wird, kommt ein Schadensersatzanspruch wegen des Ausscheidens des betreffenden Gesellschafters i.d.R. nicht in Betracht. Hat sich der auszuschließende Gesellschafter aber z.B. bei Abschluß des Vertrages gemäß § 119 BGB geirrt, muß er den übrigen Gesellschaftern wegen der Auflösung nach § 122 BGB den Vertrauensschaden ersetzen²⁾. Obwohl dieser Anspruch nicht der OHG als solcher zusteht, sondern jedem einzelnen Gesellschafter als Erklärungsempfänger, wird man in diesem Fall eine Verrechnung mit dem Abfindungsguthaben zulassen können.

C. Übrige Rechtsfolgen

Die übrigen Rechtsfolgen des Ausschlusses bzw. der Übernahme unterscheiden sich nicht von denen des Ausschlusses aus einer fehlerfreien OHG.

Insbesondere kann den ausgeschlossenen Gesellschafter ein zeitlich und örtlich begrenztes Wettbewerbsverbot treffen³⁾. Eine Kollision mit dem Schutzbereich eines subjektiven Vertragsfehlers kann nicht eintreten, da Gesellschafter, die in diesen Schutzbereich einbezogen sind, nur zur Liquidationssicherung ausgeschlossen werden können. Wird die OHG aber aufgelöst, ist für ein Wettbewerbsverbot i.d.R. kein Raum.

ersatzansprüche in diesem Fall Weipert § 140 Anm. 26; Hueck, Recht der OHG, S. 341.

1) Siehe oben S. 98ff.

2) Die Anwendbarkeit des § 122 BGB bejahen z.B. : Hueck, Recht der OHG, S.62; Haupt-Reinhardt S.74; Brox S.256; Schlegelberger-Geßler § 105 Anm.62e; Staudinger-Keßler § 705 Anm. 120; RGZ 165, 206.

3) Das vor allem dann, wenn der Ausgeschiedene am inneren Geschäftswert beteiligt worden ist.



Lebenslauf

Am 5. November 1942 wurde ich als Sohn des Architekten Günther Schmidt-Hern und seiner Frau Anneliese geb. Kieseckamp in Münster i.W. geboren. Ich bin deutscher Staatsangehöriger.

Die Reifeprüfung legte ich am 27. Februar 1962 am Ratsgymnasium in Münster (neusprachlicher Zweig) ab.

Mein Studium der Rechtswissenschaft begann ich im Sommersemester 1962 an der Albert-Ludwigs-Universität in Freiburg i.Br. und setzte es nach drei Semestern an der Westfälischen Wilhelms-Universität in Münster fort.

Die erste juristische Staatsprüfung bestand ich am 19. August 1966. Seither befinde ich mich im juristischen Vorbereitungsdienst.



